مستمسك العروة الوثقى

تأليف

السيد محسن الطباطبائي الحكيم (قدس سره)

مؤسسة دار التفسير
قم تلفن ٧٤٢٦٣١

١٤

بسم الله الرحمن الرحیم

مستمسک العروة الوثقی

کاتب:

محسن الحکیم

نشرت فی الطباعة:

دارالتفسیر

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

الفهرس ----- ۵

مستمسک العروة الوثقی المجلد ۱۴ ----- ۲۰

اشارة ----- ۲۰

[کتاب النکاح] ----- ۲۰

اشارة ----- ۲۰

[فصل النکاح مستحب] ----- ۲۰

اشارة ----- ۲۰

[(مسألة ۱): یستفاد من بعض الأخبار کراهة العزوبة] ----- ۲۱

[(مسألة ۲): الاستحباب لا یزول بالواحدة] ----- ۲۱

[(مسألة ۳): المستحب هو الطبیعة أعم من أن یقصد به القربة أو لا] ----- ۲۲

[(مسألة ۴): استحباب النکاح إنما هو بالنظر الی نفسه و طبیعته] ----- ۲۲

[(مسألة ۵): یستحب عند إرادة التزویج أمور] ----- ۲۲

[(مسألة ۶): یکره عند التزویج أمور] ----- ۲۳

[(مسألة ۷): یستحب اختیار امرأة تجمع صفات] ----- ۲۳

[(مسألة ۸): مستحبات الدخول علی الزوجة أمور] ----- ۲۳

[(مسألة ۹): یجوز أکل ما ینثر فی الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال] ----- ۲۴

[(مسألة ۱۰): یستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذة و التسمیة] ----- ۲۴

[(مسألة ۱۱): یکره الجماع لیلة خسوف القمر، و یوم کسوف الشمس] ----- ۲۵

[(مسألة ۱۲): یکره للمسافر أن یطرق أهله لیلًا] ----- ۲۵

[(مسألة ۱۳): یستحب السعی فی التزویج] ----- ۲۵

[(مسألة ۱۴): یستحب تعجیل تزویج البنت] ----- ۲۵

[(مسألة ۱۵): یستحب حبس المرأة فی البیت فلا تخرج إلا لضرورة] ----- ۲۶

[(مسألة ۱۶): یکره تزویج الصغار] ----- ۲۶

[(مسألة ۱۷): یستحب تخفیف مئونة التزویج] ۲۶
[(مسألة ۱۸): یستحب ملاعبة الزوجة] ۲۶
[(مسألة ۱۹): یجوز للرجل تقبیل أی جزء من جسد زوجته] ۲۶
[(مسألة ۲۰): یستحب اللبث و ترک التعجیل عند الجماع] ۲۶
[(مسألة ۲۱): تکره المجامعة تحت السماء] ۲۶
[(مسألة ۲۲): یستحب إکثار الصوم و توفیر الشعر لمن لا یقدر علی التزویج] ۲۶
[(مسألة ۲۳): یستحب خلع خف العروس إذا دخلت البیت] ۲۶
[(مسألة ۲۴): یستحب منع العروس فی أسبوع العرس من الألبان و الخل و الکزبرة] ۲۶
[(مسألة ۲۵): یکره اتحاد خرقة الزوج و الزوجة عند الفراغ من الجماع] ۲۷
[(مسألة ۲۶): یجوز لمن یرید تزویج امرأة أن ینظر الی وجهها] ۲۷
[(مسألة ۲۷): یجوز النظر الی نساء أهل الذمة] ۳۰
[(مسألة ۲۸): یجوز لکل من الرجل و المرأة النظر الی ما عدا العورة من مماثله] ۳۳
[(مسألة ۲۹): یجوز لکل من الزوج و الزوجة النظر الی جسد الآخر] ۳۴
[(مسألة ۳۰): الخنثی مع الأنثی کالذکر] ۳۴
[(مسألة ۳۱): لا یجوز النظر إلی الأجنبیة و الأجنبی] ۳۵
[(مسألة ۳۲): یجوز النظر الی المحارم التی یحرم علیه نکاحهن] ۳۹
[(مسألة ۳۳): المملوکة کالزوجة بالنسبة إلی السید] ۴۰
[(مسألة ۳۴): یجوز النظر إلی الزوجة المعتدة بوطء الشبهة] ۴۱
[(مسألة ۳۵): یستثنی من عدم جواز النظر من الأجنبی و الأجنبیة مواضع] ۴۱
[(مسألة ۳۶): لا بأس بتقبیل الرجل الصبیة] ۴۵
[(مسألة ۳۷): لا یجوز للمملوک النظر الی مالکته] ۴۶
[(مسألة ۳۸): الأعمی کالبصیر فی حرمة نظر المرأة إلیه] ۵۰
[(مسألة ۳۹): لا بأس بسماع صوت الأجنبیة] ۵۰
[(مسألة ۴۰): لا یجوز مصافحة الأجنبیة] ۵۱

[(مسألة ۴۱): یکره للرجل ابتداء النساء بالسلام] ۵۲
[(مسألة ۴۲): یکره الجلوس فی مجلس المرأة] ۵۲
[(مسألة ۴۳): لا یدخل الولد علی أبیه إذا کانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان] ۵۳
[(مسألة ۴۴): یفرق بین الأطفال فی المضاجع إذا بلغوا عشر سنین] ۵۳
[(مسألة ۴۵): لا یجوز النظر الی العضو المبان من الأجنبی] ۵۳
[(مسألة ۴۶): یجوز وصل شعر الغیر بشعرها] ۵۴
[(مسألة ۴۷): لا تلازم بین جواز النظر و جواز المس] ۵۵
[(مسألة ۴۸): إذا توقف العلاج علی النظر دون اللمس] ۵۵
[(مسألة ۴۹): یکره اختلاط النساء بالرجال] ۵۵
[(مسألة ۵۰): إذا اشتبه من یجوز النظر الیه بین من لا یجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجمیع] ۵۶
[(مسألة ۵۱): یجب علی النساء التستر] ۵۸
[(مسألة ۵۲): هل المحرم من النظر ما یکون علی وجه یتمکن من التمییز بین الرجل و المرأة] ۵۸
[فصل فیما یتعلق بأحکام الدخول علی الزوجة] ۵۹
اشارة ۵۹
[(مسألة ۱): الأقوی- وفاقاً للمشهور- جواز وطء الزوجة و المملوکة دبراً] ۵۹
[(مسألة ۲): قد مر فی باب الحیض الإشکال فی وطء الحائض دبراً] ۶۱
[(مسألة ۳): ذکر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه یتحقق النشوز بعدم تمکین الزوجة من وطئها دبراً] ۶۱
[(مسألة ۴): الوطء فی دبر المرأة کالوطء فی قبلها فی وجوب الغسل] ۶۲
[(مسألة ۵): إذا حلف علی ترک وطء امرأته فی زمان أو مکان یتحقق الحنث بوطئها دبراً] ۶۴
[(مسألة ۶): یجوز العزل] ۶۴
[(مسألة ۷): لا یجوز ترک وطء الزوجة أکثر من أربعة أشهر] ۶۷
[(مسألة ۸): إذا کانت الزوجة من جهة کثرة میلها و شبقها لا تقدر علی الصبر إلی أربعة أشهر] ۶۹
[(مسألة ۹): إذا ترک مواقعتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع] ۷۰
[فصل فی أحکام الدخول] ۷۱

اشارة ۷۱
[(مسألة ۱): لا یجوز وطء الزوجة قبل إکمال تسع سنین] ۷۱
[(مسألة ۲): إذا تزوج صغیرة دواماً أو متعة] ۷۲
[(مسألة ۳): لا فرق فی الدخول الموجب للإفضاء بین أن یکون فی القبل أو الدبر] ۷۵
[(مسألة ۴): لا یلحق بالزوجة فی الحرمة الأبدیة] ۷۶
[(مسألة ۵): إذا دخل بزوجته بعد إکمال التسع فأفضاها] ۷۷
[(مسألة ۶): إذا کان المفضی صغیراً أو مجنوناً] ۷۷
[(مسألة ۷): إذا حصل بالدخول قبل التسع عیب آخر غیر الإفضاء ضمن أرشه] ۷۸
[(مسألة ۸): إذا شک فی إکمالها تسع سنین] ۷۸
[(مسألة ۹): یجری علیها بعد الإفضاء جمیع أحکام الزوجة] ۷۹
[(مسألة ۱۰): فی سقوط وجوب الإنفاق علیها ما دامت حیة بالنشوز إشکال] ۷۹
[فصل لا یجوز فی العقد الدائم الزیادة علی الأربع] ۸۰
اشارة ۸۰
[(مسألة ۱): إذا کان العبد مبعضاً أو الأمة مبعضة] ۸۴
[(مسألة ۲): لو کان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً] ۸۶
[(مسألة ۳): إذا کان عنده أربع و شک فی أن الجمیع بالعقد الدائم أو البعض] ۹۰
[(مسألة ۴): إذا کان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نکاح الخامسة] ۹۲
[فصل لا یجوز التزویج فی عدة الغیر] ۹۵
اشارة ۹۵
[(مسألة ۱): لا یلحق بالتزویج فی العدة وطء المعتدة شبهة] ۹۹
[(مسألة ۲): إذا زوجه الولی فی عدة الغیر مع علمه بالحکم] ۱۰۰
[(مسألة ۳): لا إشکال فی جواز تزویج من فی العدة لنفسه] ۱۰۱
[(مسألة ۴): هل یعتبر فی الدخول الذی هو شرط فی الحرمة الأبدیة فی صورة الجهل أن یکون فی العدة] ۱۰۲
[(مسألة ۵): لو شک فی أنها فی العدة أم لا] ۱۰۲

[(مسألة ۶): إذا علم أن التزويج كان فى العدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً] ----- ۱۰۴
[(مسألة ۷): إذا علم إجمالا بكون إحدى الامرأتين المعينتين فى العدة] ----- ۱۰۴
[(مسألة ۸): إذا علم أن هذه الامرأة المعينة فى العدة لكن لا يدرى أنها فى عدة نفسه أو فى عدة لغيره] ----- ۱۰۴
[(مسألة ۹): يلحق بالتزويج فى العدة فى إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل] ----- ۱۰۴
[(مسألة ۱۰): إذا تزوج امرأة عليها عدة و لم تشرع فيها] ----- ۱۰۶
[(مسألة ۱۱): إذا تزوج امرأة فى عدتها و دخل بها مع الجهل] ----- ۱۰۷
[(مسألة ۱۲): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج أو لا معه] ----- ۱۰۹
[(مسألة ۱۳): لا إشكال فى ثبوت مهر المثل فى الوطء بالشبهة المجردة عن التزويج] ----- ۱۱۴
[(مسألة ۱۴): مبدأ العدة فى وطء الشبهة المجردة عن التزويج] ----- ۱۱۵
[(مسألة ۱۵): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة] ----- ۱۱۶
[(مسألة ۱۶): لا يتعدد المهر بتعدد الوطء مع استمرار الاشتباه] ----- ۱۱۸
[(مسألة ۱۷): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل] ----- ۱۱۸
[(مسألة ۱۸): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها] ----- ۱۲۱
[(مسألة ۱۹): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعة حرمت عليه أبداً] ----- ۱۲۲
[(مسألة ۲۰): إذا زنا بامرأة فى العدة الرجعية حرمت عليه أبداً] ----- ۱۲۳
[(مسألة ۲۱): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة حرمت عليه أمه أبداً] ----- ۱۲۴
[فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام] ----- ۱۲۷
اشارة ----- ۱۲۷
[(مسألة ۱): لو تزوج فى حال الإحرام مع العلم بالحكم] ----- ۱۳۱
[(مسألة ۲): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج فى التحريم الأبدى] ----- ۱۳۱
[(مسألة ۳): لو تزوج فى حال الإحرام و لكن كان باطلا من غير جهة الإحرام] ----- ۱۳۱
[(مسألة ۴): لو شک فى أن تزويجه هل كان فى الإحرام أو قبله] ----- ۱۳۲
[(مسألة ۵): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحكم و الموضوع] ----- ۱۳۳
[(مسألة ۶): يجوز للمحرم الرجوع فى الطلاق] ----- ۱۳۳

[(مسألة ۷): یجوز للمحرم أن یوکل محلا فی أن یزوجه بعد إحلاله] ۱۳۳

[(مسألة ۸): لو زوجه فضولی فی حال إحرامه لم یجز له إجازته فی حال إحرامه] ۱۳۴

[فصل فی المحرمات بالمصاهرة] ۱۳۴

اشارة ۱۳۴

[(مسألة ۱): تحرم زوجة کل من الأب و الابن علی الآخر] ۱۳۵

[(مسألة ۲): لا تحرم مملوکة الأب علی الابن و بالعکس] ۱۳۵

[(مسألة ۳): تحرم علی الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً، مطلقاً] ۱۳۸

[(مسألة ۴): لا فرق فی الدخول بین القبل و الدبر] ۱۴۳

[(مسألة ۵): لا یجوز لکل من الأب و الابن وطء مملوکة الآخر من غیر عقد و لا تحلیل] ۱۴۴

[(مسألة ۶): یجوز للأب أن یقوم مملوکة ابنه الصغیر علی نفسه و وطؤها] ۱۴۴

[(مسألة ۷): إذا زنا الابن بمملوکة الأب حد] ۱۴۶

[(مسألة ۸): إذا وطأ أحدهما مملوکة الآخر شبهة لم یحد] ۱۴۶

[(مسألة ۹): لا یجوز نکاح بنت الأخ أو الأخت علی العمة و الخالة إلا بإذنهما] ۱۴۷

[(مسألة ۱۰): الظاهر عدم الفرق (۱) بین الصغیرتین و الکبیرتین و المختلفتین] ۱۵۰

[(مسألة ۱۱): الظاهر أن حکم اقتران العقدین حکم سبق العمة و الخالة] ۱۵۰

[(مسألة ۱۲): لا فرق بین المسلمتین و الکافرتین و المختلفتین] ۱۵۰

[(مسألة ۱۳): لا فرق فی العمة و الخالة بین الدنیا منهما و العلیا] ۱۵۰

[(مسألة ۱۴): فی کفایة الرضا الباطنی منهما من دون إظهاره] ۱۵۱

[(مسألة ۱۵): إذا أذنت ثمَّ رجعت و لم یبلغه الخبر فتزوج لم یکفه الاذن السابق] ۱۵۱

[(مسألة ۱۶): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم یؤثرفی البطلان] ۱۵۱

[(مسألة ۱۷): الظاهر کفایة إذنهما و إن کان عن غرور] ۱۵۱

[(مسألة ۱۸): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحکم الشرعی] ۱۵۱

[(مسألة ۱۹): إذا اشترط فی عقد العمة أو الخالة إذنهما فی تزویج بنت الأخ أو الأخت] ۱۵۲

[(مسألة ۲۰): إذا تزوجهما من غیر إذن ثمَّ أجازتا صح علی الأقوی] ۱۵۲

[(مسألة ۲۱): إذا تزوج العمة و ابنة الأخ، و شک فی سبق عقد العمة أو سبق عقد الابنة حکم بالصحة] ----- ۱۵۳

[(مسألة ۲۲): إذا ادعت العمة أو الخالة عدم الاذن و ادعی هو الاذن منهما قدم قولهما] ----- ۱۵۴

[(مسألة ۲۳): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت، و شک فی أنه هل کان عن إذن من العمة أو الخالة أو لا؟] ----- ۱۵۵

[(مسألة ۲۴): إذا حصل بنتیة الأخ أو الأخت بعد التزویج بالرضاع لم یبطل] ----- ۱۵۵

[(مسألة ۲۵): إذا طلق العمة أو الخالة طلاقا رجعیاً لم یجز تزویج إحدی البنتین] ----- ۱۵۵

[(مسألة ۲۶): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد علی البنت] ----- ۱۵۵

[(مسألة ۲۷): هل یجری الحکم فی المملوکتین و المختلفتین وجهان] ----- ۱۵۵

[(مسألة ۲۸): الزنا الطارئ علی التزویج لا یوجب الحرمة] ----- ۱۵۶

[(مسألة ۲۹): إذا زنی بمملوکة أبیه] ----- ۱۶۳

[(مسألة ۳۰): لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الدبر] ----- ۱۶۵

[(مسألة ۳۱): إذا شک فی تحقق الزنا و عدمه بنی علی العدم] ----- ۱۶۵

[(مسألة ۳۲): إذا علم أنه زنی بإحدی الامرأتین و لم یدر أیتهما هی؟] ----- ۱۶۶

[(مسألة ۳۳): لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریا أو إجباریا أو اضطراریا] ----- ۱۶۶

[(مسألة ۳۴): إذا کان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعیاً ثمَّ رجع الزوج فی أثناء العدة] ----- ۱۷۱

[(مسألة ۳۵): إذا زوجه رجل امرأة فضولًا فزنی بأمها أو بنتها] ----- ۱۷۱

[(مسألة ۳۶): إذا کان للأب مملوکة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت علی ابنه] ----- ۱۷۲

[(مسألة ۳۷): لا تحرم أم المملوکة الملموسة و المنظورة علی اللامس و الناظر علی الأقوی] ----- ۱۷۲

[(مسألة ۳۸): فی إیجاب النظر أو اللمس الی الوجه و الکفین إذا کان بشهوة نظر] ----- ۱۷۴

[(مسألة ۳۹): لا یجوز الجمع بین الأختین فی النکاح] ----- ۱۷۵

[(مسألة ۴۰): لو تزوج بإحدی الأختین و تملک الأخری] ----- ۱۷۷

[(مسألة ۴۱): لو وطئ إحدی الأختین بالملک ثمَّ تزوج الأخری] ----- ۱۷۸

[(مسألة ۴۲): لو تزوج بإحدی الأختین، ثمَّ تزوج بالأخری بطل عقد الثانیة] ----- ۱۷۹

[(مسألة ۴۳): لو تزوج بالأختین و لم یعلم السابق و اللاحق] ----- ۱۷۹

[(مسألة ۴۴): لو اقترن عقد الأختین بأن تزوجهما بصیغة واحدة] ----- ۱۸۴

[(مسألة ۴۵): لو کان عنده اختان مملوکتان فوطئ إحداهما حرمت علیه الأخری] ----- ۱۸۵

[(مسألة ۴۶): إذا وطئ الثانیة بعد وطء الأولی حرمتا علیه مع علمه بالموضوع و الحکم] ----- ۱۸۷

[(مسألة ۴۷): لو کانت الأختان کلتاهما أو إحداهما من الزنا] ----- ۱۸۹

[(مسألة ۴۸): إذا تزوج بإحدی الأختین ثمّ طلقها طلاقا رجعیاً لا یجوز له نکاح الأخری] ----- ۱۸۹

[(مسألة ۴۹): إذا زنی بإحدی الأختین جاز له نکاح الأخری فی مدة استبراء الأولی] ----- ۱۹۱

[(مسألة ۵۰): الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین] ----- ۱۹۱

[(مسألة ۵۱): الأحوط ترک تزویج الأمة دواماً مع عدم الشرطین] ----- ۱۹۴

[(مسألة ۵۲): لو تزوجها مع عدم الشرطین فالأحوط طلاقها] ----- ۱۹۹

[(مسألة ۵۳): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثمّ زالا أو زال أحدهما لم یبطل] ----- ۱۹۹

[(مسألة ۵۴): لو لم یجد الطول أو خاف العنت] ----- ۱۹۹

[(مسألة ۵۵): إذا تمکن من تزویج حرة لا یقدر علی مقاربتها] ----- ۲۰۰

[(مسألة ۵۶): إذا لم تکفه فی صورة تحقق الشرطین أمة واحدة] ----- ۲۰۰

[(مسألة ۵۷): إذا کان قادراً علی مهر الحرة لکنها ترید أزید من مهر أمثالها] ----- ۲۰۰

[فصل الأقوی جواز نکاح الأمة علی الحرة مع إذنها] ----- ۲۰۱

اشارة ----- ۲۰۱

[(مسألة ۱): لو نکح الحرة و الأمة فی عقد واحد مع علم الحرة صح] ----- ۲۰۵

[(مسألة ۲): لا إشکال فی جواز نکاح المبعضة علی المبعضة] ----- ۲۰۶

[(مسألة ۳): إذا تزوج الأمة علی الحرة فماتت الحرة] ----- ۲۰۶

[(مسألة ۴): إذا کان تحته حرة فطلقها طلاقا بائناً] ----- ۲۰۶

[(مسألة ۵): إذا زوجه فضولی حرة فتزوج أمة] ----- ۲۰۶

[(مسألة ۶): إذا عقد علی حرة و عقد وکیله له علی أمة و شک فی السابق منهما] ----- ۲۰۷

[(مسألة ۷): لو شرط فی عقد الحرة أن تأذن فی نکاح الأمة علیها صح.] ----- ۲۰۷

[فصل فی نکاح العبید و الإماء] ----- ۲۰۷

اشارة ----- ۲۰۸

[(مسألة ۱): أمر تزويج العبد و الأمة بيد السيد] ۲۰۸

[(مسألة ۲): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته] ۲۰۹

[(مسألة ۳): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج] ۲۱۱

[(مسألة ۴): مهر الأمة المزوجة للمولى] ۲۱۴

[(مسألة ۵): إذا أذن المولى للأمة فی التزويج و جعل المهر لها] ۲۱۶

[(مسألة ۶): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر] ۲۱۷

[(مسألة ۷): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح] ۲۱۸

[(مسألة ۸): الولد بين المملوكين رق] ۲۲۱

[(مسألة ۹): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر] ۲۲۵

[(مسألة ۱۰): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاها] ۲۲۷

[(مسألة ۱۱): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضا حتى مات] ۲۳۰

[(مسألة ۱۲): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر] ۲۳۱

[(مسألة ۱۳): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته] ۲۳۶

[(مسألة ۱۴): إذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر] ۲۳۸

[(مسألة ۱۵): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها] ۲۳۹

[(مسألة ۱۶): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده] ۲۳۹

[(مسألة ۱۷): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق] ۲۴۳

[(مسألة ۱۸): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً] ۲۴۴

[(مسألة ۱۹): إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة] ۲۴۴

[(مسألة ۲۰): إذا زوج الأمة غير مولاها من حر] ۲۴۵

[(مسألة ۲۱): لو تزوج أمة بين شريكين بإذنهما ثمّ اشترى حصة أحدهما] ۲۴۵

[فصل فی الطوارئ] ۲۴۷

اشارة ۲۴۸

[(مسألة ۱): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر] ۲۴۹

[(مسألة ۲): إذا کان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده] ----- ۲۵۰

[(مسألة ۳): لو کان نکاحها بالتفویض] ----- ۲۵۱

[(مسألة ۴): إذا کان العتق فی العدة الرجعیة فالظاهر أن الخیار باق] ----- ۲۵۱

[(مسألة ۵): لا یحتاج فسخها إلی إذن الحاکم] ----- ۲۵۲

[(مسألة ۶): الخیار علی الفور] ----- ۲۵۲

[(مسألة ۷): إن کانت صبیة أو مجنونة فالأقوی أن ولیها یتولی خیارها] ----- ۲۵۳

[(مسألة ۸): لا یجب علی الزوج أعلامها بالعتق أو بالخیار إذا لم یعلم] ----- ۲۵۳

[(مسألة ۹): ظاهر المشهور عدم الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها أو آذنها] ----- ۲۵۳

[(مسألة ۱۰): لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها فالظاهر صحته] ----- ۲۵۳

[(مسألة ۱۱): لو أعتق العبد لا خیار له، و لا لزوجته] ----- ۲۵۴

[(مسألة ۱۲): لو کان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدی الأمتین] ----- ۲۵۴

[فصل فی العقد و أحکام] ----- ۲۵۶

اشارة ----- ۲۵۶

[(مسألة ۱): یشترط فی النکاح الصیغة] ----- ۲۵۶

[(مسألة ۲): الأخرس یکفیه الإیجاب و القبول بالإشارة] ----- ۲۶۱

[(مسألة ۳): لا یکفی فی الإیجاب و القبول الکتابة] ----- ۲۶۱

[(مسألة ۴): لا یجب التطابق بین الإیجاب و القبول فی ألفاظ المتعلقات] ----- ۲۶۱

[(مسألة ۵): یکفی- علی الأقوی- فی الإیجاب لفظ «نعم» (۱) بعد الاستفهام] ----- ۲۶۲

[(مسألة ۶): إذا لحن فی الصیغة] ----- ۲۶۳

[(مسألة ۷): یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغة] ----- ۲۶۳

[(مسألة ۸): لا یشترط فی المجری للصیغة أن یکون عارفاً بمعنی الصیغة تفصیلًا] ----- ۲۶۳

[(مسألة ۹): یشترط الموالاة بین الإیجاب و القبول] ----- ۲۶۳

[(مسألة ۱۰): ذکر بعضهم: أنه یشترط اتحاد مجلس الإیجاب و القبول] ----- ۲۶۳

[(مسألة ۱۱): و یشترط فیه التنجیز کما فی سائر العقود] ----- ۲۶۴

[(مسألة ۱۲): إذا أوقعا العقد علی وجه یخالف الاحتیاط اللازم مراعاته] ----- ۲۶۵

[(مسألة ۱۳): یشترط فی العاقد المجری للصیغة الکمال بالبلوغ، و العقل] ----- ۲۶۶

[(مسألة ۱۴): لا بأس بعقد السفیه إذا کان وکیلا عن الغیر فی إجراء الصیغة، أو أصیلا مع إجازة الولی] ----- ۲۶۹

[(مسألة ۱۵): لا یشترط الذکورة فی العاقد] ----- ۲۶۹

[(مسألة ۱۶): یشترط بقاء المتعاقدین علی الأهلیة إلی تمام العقد] ----- ۲۶۹

[(مسألة ۱۷): یشترط تعیین الزوج و الزوجة] ----- ۲۷۱

[(مسألة ۱۸): لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما] ----- ۲۷۲

[(مسألة ۱۹): إذا تنازع الزوج و الزوجة فی التعیین و عدمه] ----- ۲۷۳

[(مسألة ۲۰): لا یصح نکاح الحمل و إنکاحه] ----- ۲۷۶

[(مسألة ۲۱): لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر] ----- ۲۷۷

[فصل فی مسائل متفرقة] ----- ۲۷۸

اشارة ----- ۲۷۸

[(الأولی): لا یجوز فی النکاح دواماً أو متعة اشتراط الخیار فی نفس العقد] ----- ۲۷۸

[(الثانیة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجیة رجل فصدقها] ----- ۲۸۰

[(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعی خلوها عن الزوج فادعی زوجیتها رجل آخر] ----- ۲۸۴

[(الرابعة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة و أنکرت] ----- ۲۸۷

[(الخامسة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة فأنکرت و ادعت زوجیته امرأة أخری] ----- ۲۸۸

[(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوکة ثمّ اشتراها بإذن المولی] ----- ۲۹۲

[(السابعة): یجوز تزویج امرأة تدعی أنها خلیة من الزوج من غیر فحص] ----- ۲۹۳

[(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلیة فتزوجها رجل ثمّ ادعت بعد ذلک کونها ذات بعل] ----- ۲۹۵

[(التاسعة): إذا وکلا وکیلًا فی إجراء الصیغة فی زمان معین لا یجوز لهما المقاربة بعد مضی ذلک الزمان] ----- ۲۹۵

[فصل فی أولیاء العقد] ----- ۲۹۵

اشارة ----- ۲۹۵

[(مسألة ۱): تثبت ولایة الأب و الجد علی الصغیرین و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ] ----- ۲۹۷

[(مسألة ۲): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء- من وثبة و نحوها] ---------- ۳۰۶

[(مسألة ۳): لا یشترط فی ولایة الجد حیاة الأب، و لا موته] ---------- ۳۰۷

[(مسألة ۴): لا خیار للصغیرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها] ---------- ۳۰۸

[(مسألة ۵): یشترط فی صحة تزویج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة] ---------- ۳۱۰

[(مسألة ۶): لو زوجها الولی بدون مهر المثل، أو زوج الصغیر بأزید منه] ---------- ۳۱۱

[(مسألة ۷): لا یصح نكاح السفیه المبذر إلا بإذن الولی] ---------- ۳۱۲

[(مسألة ۸): إذا كان الشخص بالغاً رشیداً فی المالیات لكن لا رشد له بالنسبة إلی أمر التزویج و خصوصیاته] ---------- ۳۱۳

[(مسألة ۹): كل من الأب و الجد مستقل فی الولایة] ---------- ۳۱۳

[(مسألة ۱۰): لا یجوز للولی تزویج المولی علیه بمن به عیب] ---------- ۳۱۷

[(مسألة ۱۱): مملوک المملوک كالمملوک] ---------- ۳۱۹

[(مسألة ۱۲): للوصی أن یزوج المجنون المحتاج الی الزواج] ---------- ۳۱۹

[(مسألة ۱۳): للحاكم الشرعی تزویج من لا ولی له] ---------- ۳۲۲

[(مسألة ۱۴): یستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدها] ---------- ۳۲۴

[(مسألة ۱۵): ورد فی الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض علیها] ---------- ۳۲۴

[(مسألة ۱۶): یشترط فی ولایة الأولیاء المذكورین البلوغ، و العقل، و الحریة، و الإسلام] ---------- ۳۲۵

[(مسألة ۱۷): یجب علی الوكیل فی التزویج أن لا یتعدی عما عینه الموكل] ---------- ۳۲۸

[(مسألة ۱۸): الأقوی صحة النكاح الواقع فضولا مع الإجازة] ---------- ۳۲۹

[(مسألة ۱۹): لا یشترط فی الإجازة لفظ خاص] ---------- ۳۳۳

[(مسألة ۲۰): یشترط فی المجیز علمه] ---------- ۳۳۳

[(مسألة ۲۱): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حین وقوعه] ---------- ۳۳۴

[(مسألة ۲۲): الرضا الباطنی التقدیری لا یكفی فی الخروج عن الفضولیة] ---------- ۳۳۷

[(مسألة ۲۳): إذا كان كارها حال العقد] ---------- ۳۳۸

[(مسألة ۲۴): لا یشترط فی الفضولی قصد الفضولیة] ---------- ۳۳۹

[(مسألة ۲۵): لو قال فی مقام إجراء الصیغة: «زوجت موكلتی فلانة» مثلًا] ---------- ۳۴۰

[(مسألة ۲۶): لو أوقع الفضولی العقد علی مهر معین] ۳۴۰
[(مسألة ۲۷): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولیة فتبین کونه وکیلا فالظاهر صحته] ۳۴۱
[(مسألة ۲۸): إذا کان عالماً بأنه وکیل أو ولی و مع ذلک أوقع العقد بعنوان الفضولیة] ۳۴۲
[(مسألة ۲۹): إذا زوج الصغیرین ولیهما فقد مر أن العقد لازم علیهما] ۳۴۳
[(مسألة ۳۰): یترتب علی تقدیر الإجازة و الحلف جمیع الآثار المترتبة علی الزوجیة] ۳۴۴
[(مسألة ۳۱): الأقوی جریان الحکم المذکور فی المجنونین] ۳۴۵
[(مسألة ۳۲): إذا کان العقد لازماً علی أحد الطرفین] ۳۴۶
[(مسألة ۳۳): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد] ۳۴۸
[(مسألة ۳۴): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر] ۳۴۸
[(مسألة ۳۵): إذا زوجها أحد الوکیلین من رجل، و زوجها الوکیل الآخر من آخر] ۳۴۹
[کتاب الوصیة] ۳۵۶
اشارة ۳۵۶
[فصل فی أحکام الوصیة] ۳۵۶
اشارة ۳۵۶
[(مسألة ۱): الوصیة العهدیة لا تحتاج إلی القبول و کذا الوصیة بالفک، کالعتق] ۳۵۹
[(مسألة ۲): بناء علی اعتبار القبول فی الوصیة یصح إیقاعه بعد وفاة الموصی بلا إشکال] ۳۶۰
[(مسألة ۳): تتضیق الواجبات الموسعة بظهور أمارات] ۳۶۱
[(مسألة ۴): رد الموصی له للوصیة مبطل لها إذا کان قبل حصول الملکیة] ۳۶۳
[(مسألة ۵): لو أوصی له بشیئین بإیجاب واحد] ۳۶۵
[(مسألة ۶): لا یجوز للورثة التصرف فی العین الموصی بها قبل أن یختار الموصی له أحد الأمرین] ۳۶۷
[(مسألة ۷): إذا مات الموصی له قبل القبول أو الرد فالمشهور قیام وارثه مقامه فی ذلک] ۳۶۷
اشارة ۳۶۷
[بقی هنا أمور] ۳۷۳
اشارة ۳۷۳

[أحدها: هل الحکم یشمل ورثة الوارث؟] ۳۷۳
[الثانی: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم] ۳۷۴
[الثالث: هل ینتقل الموصی به بقبول الوارث إلی المیت ثمَّ إلیه] ۳۷۴
[الرابع: هل المدار علی الوارث حین موت الموصی له إذا کان قبل موت الموصی] ۳۷۶
[الخامس: إذا أوصی له بأرض فمات قبل القبول] ۳۷۶
[السادس: إذا کان الموصی به ممن ینعتق علی الموصی له] ۳۷۷
[السابع: لا فرق فی قیام الوارث مقام الموصی له بین التملیکیة و العهدیة] ۳۷۹
[(مسألة ۸): اشتراط القبول علی القول به مختص بالتملیکیة] ۳۸۰
[(مسألة ۹): الأقوی فی تحقق الوصیة کفایة کل ما دل علیها من الألفاظ] ۳۸۱
[(مسألة ۱۰): یشترط فی الموصی أمور] ۳۸۲
اشارة ۳۸۲
[(الأول): البلوغ] ۳۸۳
[(الثانی): العقل] ۳۸۵
[(الثالث): الاختیار] ۳۸۵
[(الرابع): الرشد] ۳۸۵
[(الخامس): الحریة] ۳۸۶
[(السادس): ان لا یکون قاتل نفسه] ۳۸۸
[(مسألة ۱۱): یصح لکل من الأب و الجد الوصیة بالولایة علی الأطفال] ۳۹۰
[فصل فی الموصی به] ۳۹۲
اشارة ۳۹۲
[(مسألة ۱): یشترط فی نفوذ الوصیة کونها بمقدار الثلث أو بأقل منه] ۳۹۳
[(مسألة ۲): لا یشترط فی نفوذها قصد الموصی کونها من الثلث الذی جعله الشارع له] ۳۹۵
[(مسألة ۳): إذا أوصی بالأزید أو بتمام ترکته] ۳۹۵
[(مسألة ۴): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصی فلا إشکال فی نفوذها] ۳۹۸

[(مسألة ۵): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله] ----- ۴۰۰

[(مسألة ۶): المدار فى اعتبار الثلث على حال وفاة الموصى] ----- ۴۰۲

[(مسألة ۷): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلى] ----- ۴۰۴

[(مسألة ۸): إذا حصل للموصى مال بعد الموت] ----- ۴۰۴

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية ----- ۴۰۷

مستمسک العروة الوثقی المجلد ۱۴

اشارة

سرشناسه : حکیم، محسن، ۱۳۴۸ - ۱۲۶۷. شارح

عنوان و نام پدیدآور : مستمسک العروه الوثقی/ تالیف محسن الطباطبایی الحکیم

مشخصات نشر : قم: موسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق = - ۱۳۷۴.

مشخصات ظاهری : ج ۱۴

شابک : ۹۰۰۰۰ریال(دوره۱۴جلدی)

یادداشت : این کتاب در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت : کتابنامه به‌صورت زیرنویس

عنوان دیگر : العروه الوثقی. شرح

موضوع : یزدی، محمدکاظم‌بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۷ق. العروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، محمدکاظم‌بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۷ق. العروه الوثقی. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ی۴ع۴۰۲۱۳۵ ۱۳۷۴

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۴-۶۶۸۱

[کتاب النکاح]

اشارة

کتاب النکاح

[فصل النکاح مستحب]

اشارة

النکاح مستحب فی حد نفسه بالإجماع، و الکتاب، و السنة المستفیضة بل المتواترة. قال اللّه تعالی (وَ أَنْکِحُوا الْأَیٰامیٰ مِنْکُمْ، وَ الصّٰالِحِینَ مِنْ عِبٰادِکُمْ وَ إِمٰائِکُمْ، إِنْ یَکُونُوا فُقَرٰاءَ یُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّٰهُ وٰاسِعٌ عَلِیمٌ) «۱». و

فی النبوی المروی بین الفریقین: «النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منی» «۲»

، و

عن الصادق (ع) عن أمیر المؤمنین (ع) قال: «تزوجوا فان رسول اللّه (ص) قال: من أحب أن یتبع سنتی فإن من سنتی التزویج» «۳»

، و

فی النبوی: «ما بنی بناء أحب الی اللّه تعالی من التزویج» «۴»

، و
عن النبی (ص): «من تزوج أحرز نصف دینه فلیتق اللّه فی النصف الآخر» «۵»

---

(۱) النور: ۳۲.

(۲) مستدرک الوسائل باب: ۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱۵. و کنز العمال الجزء: ۸. حدیث: ۳۷۲۰.

(۳) الوسائل باب: ۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱۴.

(۴) الوسائل باب: ۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۵) الوسائل باب: ۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱۲.

بل یستفاد من جملة من الاخبار: استحباب حب النساء،

ففی الخبر عن الصادق (ع): «من أخلاق الأنبیاء حب النساء» «۱»

، و
فی آخر عنه (ع): «ما أظن رجلا یزداد فی هذا الأمر خیراً إلا ازداد حباً للنساء» «۲».
و المستفاد من الآیة و بعض الاخبار: أنه موجب لسعة الرزق،
ففی خبر إسحاق بن عمار: «قلت لأبی عبد اللّه (ع): الحدیث الذی یرویه الناس حق؟ إن رجلا أتى النبی (ص) فشکى إلیه الحاجة فأمره بالتزویج حتى أمره ثلاث مرات. قال أبو عبد اللّه (ع): نعم هو حق. ثمَّ قال (ع): الرزق مع النساء و العیال» «۳».

[(مسألة ۱): یستفاد من بعض الأخبار کراهة العزوبة]

(مسألة ۱): یستفاد من بعض الأخبار کراهة العزوبة

فعن النبی (ص): «رذال موتاکم العزاب» «۴».
و لا فرق على الأقوى فی استحباب النکاح بین من اشتاقت نفسه و من لم تشتق، لإطلاق الاخبار، و لأن فائدته لا تنحصر فی کسر الشهوة، بل له فوائد، منها زیادة النسل و کثرة قائل: (لا اله إلّا اللّه)،
فعن الباقر (ع): «قال رسول اللّه (ص) ما یمنع المؤمن أن یتخذ أهلًا لعل اللّه أن یرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا اللّه» «۵».

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۲ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

[(مسألة ۲): الاستحباب لا یزول بالواحدة]

(مسألة ۲): الاستحباب لا- یزول بالواحدة بل التعدد مستحب أیضا، قال اللّه تعالى (فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنىٰ وَ ثُلٰاثَ وَ رُبٰاعَ) «۱». و الظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنکاح الدائم أو المنقطع بل المستحب أعم منهما و من التسری بالإماء.

[(مسألة ۳): المستحب هو الطبیعة أعم من أن یقصد به القربة أو لا]

(مسألة ۳): المستحب هو الطبیعة أعم من أن یقصد به القربة أو لا. نعم عبادیته و ترتب الثواب علیه موقوفة على قصد القربة.

[(مسألة ۴): استحباب النکاح إنما هو بالنظر الى نفسه و طبیعته]

(مسألة ۴): استحباب النکاح إنما هو بالنظر الى نفسه و طبیعته، و أما بالنظر الى الطوارئ فینقسم بانقسام الأحکام الخمسة، فقد یجب بالنذر أو العهد أو الحلف و فیما إذا کان مقدمة لواجب مطلق، أو کان فی ترکه مظنة الضرر، أو الوقوع فی الزنا أو محرم آخر. و قد یحرم کما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصیل علم واجب أو ترک حق من الحقوق الواجبة، و کالزیادة على الأربع. و قد یکره کما إذا کان فعله موجباً للوقوع فی مکروه. و قد یکون مباحاً کما إذا کان فی ترکه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساویة لها. و بالنسبة إلى المنکوحة أیضا ینقسم إلى الأقسام الخمسة، فالواجب کمن یقع فی الضرر لو لم یتزوجها، أو یبتلى بالزنا معها لو لا تزویجها و المحرم نکاح المحرمات عیناً أو جمعا، و المستحب المستجمع

---

(۱) النساء: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج‌۱۴، ص: ۶

للصفات المحمودة فی النساء، و المکروه النکاح المستجمع للأوصاف المذمومة فی النساء، و نکاح القابلة المربیة و نحوها، و المباح ما عدا ذلک.

[(مسألة ۵): یستحب عند إرادة التزویج أمور]

(مسألة ۵): یستحب عند إرادة التزویج أمور: منها: الخطبة. و منها: صلاة رکعتین عند إرادة التزویج قبل تعیین المرأة و خطبتها، و الدعاء بعدها بالمأثور، و هو:

«اللهم إنی أرید أن أتزوج فقدر لی من النساء أعفهن فرجا و أحفظهن لی فی نفسها و مالی و أوسعهن رزقا و أعظمهن برکة و قدر لی ولدا طیباً تجعله خلفا صالحا فی حیاتی و بعد موتی».

و یستحب أیضا أن یقول:

«أقررت الذی أخذ اللّه إمساک بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ».

و منها: الولیمة یوماً أو یومین لا- أزید فإنه مکروه، و دعاء المؤمنین، و الأولى کونهم فقراء، و لا بأس بالأغنیاء خصوصاً عشیرته و جیرانه و أهل حرفته، و یستحب إجابتهم و أکلهم، و وقتها بعد العقد أو عند الزفاف لیلا أو نهاراً، و

عن النبی (ص): «لا ولیمة إلا فی خمس عرس أو خرس أو عذار أو وکار أو رکاز» «۱»

العرس: للتزویج و الخرس: النفاس، و العذار: الختان، و الوکار: شراء الدار و الرکاز: العود من مکة. و منها: الخطبة أمام العقد بما یشتمل على الحمد و الشهادتین و الصلاة على النبی (ص) و الأئمة (ع) و الوصیة بالتقوى، و الدعاء للزوجین، و الظاهر کفایة اشتمالها

---

(۱) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۷

علی الحمد و الصلاة علی النّبی و آله (ص)، و لا- یبعد استحبابها أمام الخطبة أیضا. و منها: الاشهاد فی الدائم و الإعلان به، و لا یشترط فی صحة العقد عندنا. و منها: إیقاع العقد لیلا.

[(مسألة ۶): یکره عند التزویج أمور]

(مسألة ۶): یکره عند التزویج أمور: منها: إیقاع العقد و القمر فی العقرب أی فی برجها لا المنازل المنسوبة إلیها و هی القلب و الإکلیل و الزّبانا و الشولة. و منها: إیقاعه یوم الأربعاء. و منها: إیقاعه فی أحد الأیام المنحوسة فی الشهر، و هی الثالث، و الخامس، و الثالث عشر، و السادس عشر، و الحادی و العشرون، و الرابع و العشرون، و الخامس و العشرون و منها: إیقاعه فی محاق الشهر و هو اللیلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

[(مسألة ۷): یستحب اختیار امرأة تجمع صفات]

(مسألة ۷): یستحب اختیار امرأة تجمع صفات، بأن تکون بکراً، ولوداً، ودودا، عفیفة، کریمة الأصل- بأن لا تکون من زنا أو حیض أو شبهة أو ممن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها أو مسهم رق أو کفر أو فسق معروف- و أن تکون سمراء، عیناء، عجزاء، مربوعة، طیبة الریح، ورمة الکعب، جمیلة، ذات شعر، صالحة، تعین زوجها علی الدنیا و الآخرة، عزیزة فی أهلها ذلیلة مع بعلها، متبرجة مع زوجها حصاناً مع غیره

فعن النبی (ص): «إن خیر نسائکم الولود الودود العفیفة العزیزة فی أهلها الذلیلة مع بعلها المتبرجة مع زوجها الحصان علی غیره التی تسمع قوله و تطیع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۸

أمره و إذا خلا بها بذلت له ما یرید منها و لم تبذل کتبذل الرجل «۱».

ثمَّ

قال (ص): ألا أخبرکم بشرار نسائکم:

الذلیلة فی أهلها العزیزة مع بعلها العقیم الحقود التی لا تدرع من قبیح، المتبرجة إذا غاب عنها بعلها، الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله و لا تطیع امره و إذا خلا بها بعلها تمنعت منه کما تمنع الصعبة عن رکوبها، لا تقبل منه عذرا و لا تغفر له ذنبا» «۲».

و یکره اختیار العقیم و من تضمنه الخبر المذکور من ذات الصفات المذکورة التی یجمعها عدم کونها نجیبة، و یکره الاقتصار علی الجمال و الثروة، و یکره تزویج جملة أخری. منها: القابلة و ابنتها للمولود. و منها: تزویج ضرة کانت لأمه مع غیر أبیه. و منها: أن یتزوج أخت أخیه و منها: المتولدة من الزنا. و منها الزانیة. و منها: المجنونة.

و منها: المرأة الحمقاء أو العجوز. و بالنسبة إلی الرجال یکره تزویج سیء الخلق، و المخنث، و الزنج، و الأکراد، و الخزر، و الأعرابی، و الفاسق و شارب الخمر.

[(مسألة ۸): مستحبات الدخول علی الزوجة أمور]

(مسألة ۸): مستحبات الدخول علی الزوجة أمور:

منها: الولیمة قبله أو بعده. و منها: أن یکون لیلا لأنه أوفق بالستر و الحیاء، و

لقوله (ص): «زفوا عرائسکم لیلا و أطعموا ضحی» «۳».

بل لا یبعد استحباب الستر المکانی أیضا.

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۷ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۳۷ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹

و منها: أن یکون علی وضوء. و منها: أن یصلی رکعتین و الدعاء بعد الصلاة بعد الحمد و الصلاة علی محمد و آله بالالفة و حسن الاجتماع بینهما. و الأولی المأثور، و هو:

«اللهم ارزقنی إلفتها و ودها و رضاها بی و أرضنی بها و اجمع بیننا بأحسن اجتماع و أنفس ایتلاف فإنک تحب الحلال و تکره الحرام»

: و منها:

أمرها بالوضوء و الصلاة أو أمر من یأمرها بهما. و منها: أمر من کان معها بالتأمین علی دعائه و دعائها. و منها: أن یضع یده علی ناصیتها مستقبل القبلة و یقول:

«اللهم بأمانتک أخذتها و بکلماتک استحللتها فان قضیت لی منها ولدا فاجعله مبارکا تقیاً من شیعة آل محمد (ص) و لا تجعل للشیطان فیه شرکا و لا نصیباً»

، أو یقول:

«اللهم علی کتابک تزوجتها و فی أمانتک أخذتها و بکلماتک استحللت فرجها فان قضیت فی رحمها شیئاً فاجعله مسلما سویا و لا تجعله شرک شیطان»

. و یکره الدخول لیلة الأربعاء.

[(مسألة ۹): یجوز أکل ما ینثر فی الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال]

(مسألة ۹): یجوز أکل ما ینثر فی الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال، إن کان عاما فللعموم و إن کان خاصا فللمخصوصین. و کذا یجوز تملکه مع الاذن فیه، أو بعد الاعراض عنه فیملک، و لیس لمالکه الرجوع فیه و إن کان عینه موجوداً، و لکن الأحوط لهما مراعاة الاحتیاط.

[(مسألة ۱۰): یستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذة و التسمیة]

(مسألة ۱۰): یستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذة و التسمیة و طلب الولد الصالح السوی و الدعاء بالمأثور و هو أن

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰

یقول:

«بسم اللّه و باللّه اللهم جنبنی الشیطان و جنب الشیطان ما رزقتنی»

، أو یقول:

«اللهم بأمانتک أخذتها ..»

إلی آخر الدعاء السابق، أو یقول:

«بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* الذی لا إله إلا هو بَدِیعُ السَّماواتِ وَ الْأَرْضِ* اللهم إن قضیت منی فی هذه اللیلة خلیفة فلا تجعل للشیطان فیه شرکا و لا نصیباً و لا حظاً و اجعله مؤمناً مخلصاً مصفی من الشیطان و رجزه جل ثناؤک».

و أن یکون فی مکان مستور.

[(مسألة ۱۱): یکره الجماع لیلة خسوف القمر، و یوم کسوف الشمس]

(مسألة ۱۱): یکره الجماع لیلة خسوف القمر، و یوم کسوف الشمس، و فی اللیلة و الیوم اللذین یکون فیهما الریح السوداء و الصفراء و الحمراء، و الیوم الذی فیه الزلزلة. بل فی کل یوم أو لیلة حدث فیه آیة مخوفة، و کذا یکره عند الزوال، و عند غروب الشمس حتی یذهب الشفق، و فی المحاق و بعد طلوع الفجر الی طلوع الشمس، و فی أول لیلة من کل شهر إلا فی اللیلة الأولی من شهر رمضان فإنه یستحب فیها و فی النصف من کل شهر، و فی السفر إذا لم یکن عنده الماء للاغتسال، و بین الأذان و الإقامة، و فی لیلة الأضحی، و یکره فی السفینة، و مستقبل القبلة و مستدبرها، و علی ظهر الطریق و الجماع و هو عریان، و عقیب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء و الجماع و هو مختضب أو هی مختضبة، و علی الامتلاء، و الجماع قائما، و تحت الشجرة المثمرة، و علی سقوف البنیان، و فی وجه الشمس إلا مع الستر، و یکره أن یجامع و عنده من

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۱

ینظر الیه و لو الصبی غیر الممیز، و أن ینظر الی فرج الامرأة حال الجماع، و الکلام عند الجماع إلا بذکر اللّه تعالی، و أن یکون معه خاتم فیه ذکر اللّه أو شیء من القرآن. و یستحب الجماع لیلة الاثنین و الثلاثاء و الخمیس و الجمعة و یوم الخمیس عند الزوال و یوم الجمعة بعد العصر، و یستحب عند میل الزوجة إلیه.

[(مسألة ۱۲): یکره للمسافر أن یطرق أهله لیلًا]

(مسألة ۱۲): یکره للمسافر أن یطرق أهله لیلًا حتی یصبح.

[(مسألة ۱۳): یستحب السعی فی التزویج]

(مسألة ۱۳): یستحب السعی فی التزویج، و الشفاعة فیه بإرضاء الطرفین.

[(مسألة ۱۴): یستحب تعجیل تزویج البنت]

(مسألة ۱۴): یستحب تعجیل تزویج البنت و تحصینها بالزوج عند بلوغها

فعن أبی عبد اللّه (ع): «من سعادة المرء أن لا تطمث ابنته فی بیته» «۱».

[(مسألة ۱۵): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة]

(مسألة ۱۵): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة، و لا يدخل عليها أحد من الرجال.

[(مسألة ۱۶): يكره تزويج الصغار]

(مسألة ۱۶): يكره تزويج الصغار و قبل البلوغ.

[(مسألة ۱۷): يستحب تخفيف مئونة التزويج]

(مسألة ۱۷): يستحب تخفيف مئونة التزويج و تقليل المهر

[(مسألة ۱۸): يستحب ملاعبة الزوجة]

(مسألة ۱۸): يستحب ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

[(مسألة ۱۹): يجوز للرجل تقبيل أي جزء من جسد زوجته]

(مسألة ۱۹): يجوز للرجل تقبيل أي جزء من جسد زوجته، و مس أي جزء من بدنه ببدنها.

.

(۱) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۲

[(مسألة ۲۰): يستحب اللبث و ترك التعجيل عند الجماع]

(مسألة ۲۰): يستحب اللبث و ترك التعجيل عند الجماع.

[(مسألة ۲۱): تكره المجامعة تحت السماء]

(مسألة ۲۱): تكره المجامعة تحت السماء.

[(مسألة ۲۲): يستحب إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج]

(مسألة ۲۲): يستحب إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله و عدم طوله.

[(مسألة ۲۳): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت]

(مسألة ۲۳): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت، و غسل رجليها، و صب الماء من باب الدار الى آخرها.

[(مسألة ۲۴): يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان و الخل و الكزبرة]

(مسألة ۲۴): یستحب منع العروس فی أسبوع العرس من الألبان و الخل و الکزبرة و التفاح الحامض.

[(مسألة ۲۵): یکره اتحاد خرقة الزوج و الزوجة عند الفراغ من الجماع]

(مسألة ۲۵): یکره اتحاد خرقة الزوج و الزوجة عند الفراغ من الجماع.

[(مسألة ۲۶): یجوز لمن یرید تزویج امرأة أن ینظر الی وجهها]

(مسألة ۲۶): یجوز لمن یرید تزویج امرأة أن ینظر الی وجهها و کفیها و شعرها و محاسنها

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* و له الحمد، و الصلاة و السلام علی رسوله الأکرم، و آله الطاهرین.

(۱) فی کشف اللثام: اتفاق الأصحاب علیه فی الجملة. و فی الجواهر:

نفی الخلاف فیه بین المسلمین، و دعوی الإجماع بقسمیه علیه. و یشهد له النصوص، منها

مصحح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل یرید أن یتزوج المرأة أ ینظر إلیها؟ قال (ع): نعم، إنما یشتریها بأغلی الثمن» «۱»

، و

مصحح هشام بن سالم و حماد بن عثمان و حفص بن البختری، کلهم عن أبی عبد اللّه (ع): «قال (ع):

---

(۱) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳

ینظر الی وجهها و کفیها و شعرها و محاسنها (۱)، بل لا یبعد

لا بأس بأن ینظر الی وجهها و معاصمها إذا أراد أن یتزوجها» «۱»

، و

صحیح الحسن بن السری قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع): الرجل یرید أن یتزوج المرأة یتأملها و ینظر الی خلفها، و الی وجهها، قال (ع): نعم، لا بأس أن ینظر الرجل إلی المرأة إذا أراد أن یتزوجها. ینظر الی خلفها و الی وجهها» «۲»

الی غیر ذلک من النصوص.

(۱) أما الأولان: فلا إشکال فیهما. و الأول منهما صریح النصوص السابقة. و أما الثانی: فلاستفادته من ذکر المعاصم فی مصحح الفضلاء.

و أما الأخیران: فنسب الجواز فیهما الی المشایخ الثلاثة، و جمع من الأصحاب و یشهد لأولهما

صحیح عبد اللّه بن سنان «قلت لأبی عبد اللّه (ع):

الرجل یرید أن یتزوج المرأة أ ینظر الی شعرها؟ فقال (ع): نعم، إنما یرید أن یشتریها بأغلی الثمن» «۳»

و یشهد لثانیهما

خبر غیاث بن إبراهیم عن جعفر (ع) عن أبیه (ع) عن علی (ع): «فی رجل ینظر الی محاسن امرأة یرید أن یتزوجها، قال (ع)»: لا بأس، إنما هو مستام فان یقض أمر یکن» «۴».

و نحوه خبر مسعدة بن اليسع الباهلى عن أبى عبد اللّه (ع)
«۵». و
فى مرسل عبـد اللّه بن الفضـل عن أبيه عن رجـل عن أبى عبـد اللّه (ع) قـال: «قلت أ ينظر الرجـل إلى المرأة يريـد تزويجها فينظر الى شعرها و محاسنها؟ قال (ع): لا بأس بذلک إذا لم يكن متلذذاً» «۶».

(۱) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۸.

(۵) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱۲.

(۶) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴

.....

و فى الشـرائع و الإرشاد و القواعد و غيرها: تخصـيص الجواز بالوجه و الكفين. بل ربما نسب الى المشهور. و كأنه لحمل المعاصم فى الصـحيح السابق على الكفين، و عدم الاعتداد بالنصوص الأخيرة. و ضـعفه ظاهر، إذ المعصم غير الكف. و النصوص لا مانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها، بل إطلاق جواز النظر إلى المرأة فى مصحح ابن مسلم
يقتضى ذلک، و لا سيما بملاحظة التعليل فيه و فى غيره بأنه يشتريها بأغلى الثمن، فإنه يقتضى ذلک، و أوضح منه
موثق يونس المروى عن علل الصـدوق: «قلت لأبى عبـد اللّه (ع): الرجل يريـد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها قال (ع): نعم، و ترقق له الثياب، لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» «۱»
، فان ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكن من النظر الى ما خلف الثياب من سائر البدن، و لذلک قال فى الجواهر «فلا محيص للفقيه الذى كشف اللّه تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر الى جميع جسدها بعد تعاضد تلک النصوص و كثرتها- و فيها الصـحيح، و الموثق، و غيرهما- الدالة بأنواع الدلالة على ذلک».
لكن شيخنا الأعظم (ره) فى رسالة النكاح استشكل فى الإطلاق المذكور فى مصحح ابن مسلم
تـارة: من جهـة أن المتبـادر من النظر إلى المرأة بحكم العرف هو النظر الى الوجه و اليـدين لأنهمـا موقع النظر غالبا، و غيرهما مسـتور غالباً بالثياب. و أخرى: من جهة أن تخصيص النظر فى مصحح الفضلاء
بالوجه و المعاصم لا يظهر له وجه إلا اختصاصهما بجواز النظر، و أوضح منه فى ذلک ما فى صحيح السرى
«۲» فإنه (ع) بعد أن قال: «ينظر إليها» قال:
«ينظر الى خلفها و الى وجهها»
.

(۱) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱۱.

(۲) تقدم فى أول المسألة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵

جواز النظر إلی سائر جسدها ما عدا عورتها (۱)، و إن کان الأحوط خلافه، و لا یشترط أن یکون ذلک بإذنها و رضاها (۲)

أقول: یشکل ما ذکره أولًا: بأن الغلبة لا توجب الانصراف المعتد به. مع أنها ممنوعة فی نفسها، فان الغالب عدم ستر مقدار من الشعر، و الرقبة، و الصدر و الساقین، و مقتضی ذلک عدم الاختصاص بالوجه و الکفین، لا الاختصاص بهما. و ثانیاً: بأن التخصیص فی مصحح الفضلاء لا یصلح للتقیید إلا بناء علی مفهوم اللقب. نعم ما ذکر لو سلم اقتضی سقوط إطلاق المصحح المذکور، لا سقوط إطلاق غیره. و ثالثاً: بأن التخصیص بالخلف و الوجه فی صحیح السری

إنما کان لذکره فی السؤال لا لبیان المراد من الإطلاق. مع أنه لو سلم فلا یقتضی إلا سقوط الإطلاق المذکور فیه لا سقوط إطلاق غیره.

و مثله فی الاشکال مناقشته (قده) فی التعلیل بأن المراد به تجویز النظر الی ما یندفع به معظم الغرر، الحاصل من جهة حسن الخلقة و اللون و قبحهما، و ان ذلک یندفع بالنظر الی الوجه و الکفین، إذ یستدل بهما غالباً علی حسن سائر الأعضاء، و قبحها من حیث الخلقة و اللون. إذ فیه:

أنه لا وجه للتخصیص بالمعظم من الغرر، فإنه خلاف الإطلاق. مع أن الاستدلال بالوجه علی غیره غیر ظاهر. و من ذلک یظهر لک الوجه فی قول المصنف: «بل لا یبعد جواز النظر الی ..» کما تقدم من الجواهر.

(۱) کما نص علی ذلک فی الجواهر. و کأن الوجه فیه الإجماع، فإن أحداً لم یقل بالجواز فیها، کما فی کلام شیخنا الأعظم، و إلا فإطلاق النص و التعلیل شامل لها کغیرها.

(۲) کما نص علی ذلک فی الشرائع و القواعد و غیرهما. و الظاهر عدم الخلاف فیه منا، و لذا نسب فی کشف اللثام الخلاف فیه الی مالک.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۶

نعم یشترط أن لا یکون بقصد التلذذ (۱) و إن علم أنه یحصل بنظرها قهراً (۲). و یجوز تکرار النظر (۳) إذا لم یحصل الغرض- و هو الاطلاع علی حالها- بالنظر الأول. و یشترط أیضا أن لا یکون مسبوقاً بحالها (۴)، و أن یحتمل اختیارها (۵) و إلا فلا یجوز. و لا فرق بین أن یکون قاصداً لتزویجها بالخصوص، أو کان قاصداً لمطلق التزویج (۶) و کان بصدد تعیین الزوجة بهذا الاختبار، و إن کان الأحوط الاقتصار علی

و یقتضیه عموم النصوص. و لیس النظر من حقوق الزوجة، کی یحل بإذنها، بل هو من الأحکام.

(۱) الظاهر لا إشکال فی ذلک، لاختصاص النصوص المتقدمة بالنظر للاطلاع فیرجع فی غیره الی عموم المنع، و قد تقدم ما فی مرسل عبد اللّه ابن الفضل

«۱»، المحمول علی ذلک.

(۲) کما فی کلام شیخنا الأعظم (ره). و یقتضیه عموم النصوص، و لا سیما کونه الغالب.

(۳) کما فی کلام شیخنا الأعظم (ره) بشرط أن یحتمل أن یفیده الثانی ما لا یفیده الأول، لإطلاق النصوص، و التعلیل.

(۴) لخروجه عن مورد النصوص، و هو النظر للاطلاع، فیرجع فیه الی عموم المنع.

(۵) لأنه مورد النصوص فیرجع فی غیره الی عموم المنع.

(۶) لإطلاق النصوص مورداً و تعلیلًا. و احتمال أن مورد النصوص من یرید أن یتزوجها بالخصوص بعید.

(۱) راجع أول المسألة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷

الأول. و أيضا لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر- من توكيل امرأة تنظر إليها و تخبره- أولا (۱)، و ان كان الأحوط الاقتصار على الثانی. و لا يبعد جواز نظر المرأة أيضا الى الرجل الذی يريد تزويجها (۲). و لكن لا يترك الاحتياط بالترك. و كذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها (۳)، و إن

(۱) كما فی رسالة شيخنا الأعظم (ره)، لإطلاق الأدلة، و لا سيما بملاحظة ما اشتهر من أنه ليس الخبر كالعيان.

(۲) كما فی القواعد و غيرها، و قواه شيخنا الأعظم (ره) فی الرسالة.

لما يستفاد من التعليل فی أخبار المسألة، فإن الرجل إذا جاز له النظر لئلا يضيع ماله الذی يعطيه على جهة الصداق و غيره، فلأن يجوز للمرأة لئلا يضيع بضعها أولى. و يشكل بخفاء المقايسة بين البضع و المال. مع أنها لو تمت فإنما تقتضی لزوم معرفتها بالمال الذی هو عوض البضع لا بالرجل.

و مثله فی الاشكال الاستدلال عليه بما

ورد فی بعض النصوص أنه (ص) قال لرجل من أصحابه و قد خطب امرأة: «لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» «۱».

فان الخبر ضعيف لا مجال للاعتماد عليه فيما نحن فيه، و لذلك اختار فی الجواهر المنع. بل فی كشف اللثام: «لم أعرف من الأصحاب من قال به غيره (يعنی: غير مصنفه)، و الحلبی، و ابن سعيد. و إنما ذكرته العامة، و روته عن عمر».

(۳) نسب إلى الأصحاب. و فی المسالک: أن جواز النظر الى وجهها و كفيها و محاسنها و شعرها موضع وفاق. و فی الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». و يشهد له نصوص المقام المشتملة على التعليل بأنه يشتريها بأغلى الثمن. مضافاً الى النصوص الواردة فيها بالخصوص، كخبر أبی بصير.

(۱) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱۳

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۸

كان بغير إذن سيدها. و الظاهر اختصاص ذلک بالمشتری لنفسه فلا يشمل الوكيل و الولی و الفضولی (۱). و أما فی الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

[(مسألة ۲۷): يجوز النظر الى نساء أهل الذمة]

(مسألة ۲۷): يجوز النظر الى نساء أهل الذمة (۲)،

قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها.

قال (ع): لا بأس أن ينظر الى محاسنها، و يمسها ما لم ينظر الى ما لا ينبغی النظر اليه» «۱»

و نحوه غيره. و تحقيق المسألة فی كتاب البيع.

(۱) فی الجواهر: منع جواز ذلک لغير مريد التزويج و لو ولياً، لقصور الأدلة عن إخراجه عن مقتضى الحرمة، بخلافه فی شراء الأمة الشامل له و لغيره، عدا الفضولی على الظاهر. انتهى. و كأن عدم الشمول للفضولی من جهة عدم تحقق الشراء حقيقة منه، بخلاف

الوكيل و الولى.

لكن الفرق بينهما فى شراء الأمة و بينهما فى التزويج غير ظاهر، بعد اشتمال النصوص على الشراء، و صدق المشترى على الوكيل و الولى كصدقه على الأصيل. اللهم الا- أن يقال الملحوظ فى شراء الأمة المالية، و لا- مانع من شمول المشترى للولى و الوكيل، و الملحوظ فى التزويج مناسبات خاصة لا تقوم بغير من يريد التزويج لنفسه، فينصرف المشترى عنه.

(۲) على المشهور، كما فى الحدائق، و عن المسالك. قال فى الشرائع:

«و يجوز النظر الى نساء أهل الذمة و شعورهن لأنهن بمنزلة الإماء».

و نحوه ما عن المقنعة و الخلاف و النهاية. فيحتمل أن يكون المراد أنهن بمنزلة الإماء للمسلمين، لأن الكفار فيء المسلمين، و إنما يحرمهم الذمة، فتكون نساء أهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد. لكن إثبات هذا المعنى غير ظاهر، بل ممنوع، و إنما يكون الملك بالاسترقاق. مع أنه يتوقف.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب بيع الحيوان حديث: ۱

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۹

.....

على جواز النظر إلى الأمة المشتركة. و يحتمل أن يكون المراد أنهن ملك للإمام، لما

فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع): «إن أهل الكتاب مماليك الامام» [۱]

، و

خبر زرارة عنه (ع): «إن أهل الكتاب مماليك للإمام، أ لا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة إلى مواليهم» «۱»

، و

فى صحيح أبى ولاد عن أبى عبد اللّه (ع): «و هم مماليك للإمام، فمن أسلم منهم فهو حر» «۲».

لكن الاستدلال بها متوقف على ثبوت كلية جواز النظر الى أمة غيره، و هو غير ظاهر. و الاستدلال عليه بالسيرة، ليس بأولى من الاستدلال بها على المقام. نعم يمكن الاستدلال على الحكم

بخبر السكونى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «قال رسول اللّه (ص): لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر الى شعورهن و أيديهن» «۳».

فإنه لا- بأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه. و إن كان ظاهر من علل بأنها بمنزلة الإماء عدم الاعتماد عليه. و لكن اعتماد غيره كاف فى جبر ضعفه لو كان. و يؤيده

خبر أبى البخترى عن جعفر (ع) عن أبيه عن على بن أبى طالب (ع): «لا بأس بالنظر الى رؤوس النساء من أهل الذمة» «۴».

و من ذلك يظهر ضعف ما عن ابن إدريس من المنع من النظر إليهن عملا بعموم الآية المحرمة للنظر، التى لا- يجوز تقييدها بخبر الواحد. و تبعه على ذلك فى المختلف، و كشف اللثام.

---

[۱] الوسائل باب: ۲ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۲. لكن وردت روايته عن ابى بصير كما فى الكافى الجزء: ۵ صفحة ۳۵۸ و التهذيب الجزء: ۷ صفحة ۴۴۹ و يأتى من الشارح (قده) فى فصل ما يحرم باستيفاء العدد.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب العدد حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب العاقلة حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۱۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۱۱۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۰

بل مطلق الكفار، مع عدم التلذذ و الريبة (۱)، أي: خوف الوقوع في الحرام (۲). و الأحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهن على عدم ستره (۳). و قد يلحق بهم نساء أهل

---

(۱) كما نص على ذلک في المقنعة، و الخلاف، و النهاية، و الشرائع، و القواعد و غيرها، و العمدة في دليله الإجماع ظاهراً. و إلا فالنص مطلق.

(۲) قال في المسالک: «ينبغي أن يكون المراد بها خوف الوقوع معها في المحرم، و هو المعبر عنه بخوف الفتنة» و في كشف اللثام: «هي ما يخطر بالبال من النظر، دون التلذذ به، أو خوف افتتان. و الفرق بينه و بين الريبة ظاهر مما عرفت، و لذا ذكر الثلاثة في التذكرة، و يمكن تعميم الريبة للافتتان، لأنها من (راب) إذا وقع في الاضطراب، فيمكن أن يكون ترک التعرض له هنا، و في التحرير، و غيرهما لذلک». و المراد مما يخطر بالبال من النظر: الميل الى الوقوع في الحرام مع المنظور اليه، و إن كان عالماً بعدم وقوعه. فنقول: بناء على ذلک يكون المراد من الريبة مردداً بين الأمرين: الخطور الخاص، و خوف الوقوع في الحرام. و يظهر من التذكرة: حرمة الجميع، كما يظهر منها و من كشف اللثام: حرمة الوقوع في الافتتان، فان تمَّ إجماع عليه- كما هو الظاهر و في المستند: «أنه متحقق في الحقيقة، و محكى في بعض المواضع حكاية مستفيضة»- فهو، و إلا فيشكل تحريم أحدهما، لعدم وضوح دليل على ذلک. و ظاهر شيخنا في الرسالة: وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام، و أما حرمته مع أحد الأمرين، فلأن فيهما الفساد المنهي عنه. و الاشكال عليه ظاهر.

(۳) إذا كان المستند في الحل التعليل فهو يقتضي جواز جميع البدن.

و إذا كان المستند خبر السكوني لزم الاقتصار على خصوص الشعور و الأيدي.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۱

البوادي و القرى من الاعراب و غيرهم (۱)، و هو مشكل (۲) نعم الظاهر عدم حرمة التردد في الأسواق و نحوها مع العلم بوقوع النظر عليهن، و لا يجب غض البصر إذا لم يكن هناک خوف افتتان.

و قد عرفت أنه المتعين. اللهم إلا أن يفهم أن ذكر الشعور و الأيدي من باب أن المتعارف كشفه، لا لخصوصية فيهما.

(۱)

لخبر عباد بن صهيب: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول: لا بأس بالنظر الى رؤوس نساء أهل تهامة، و الأعراب، و أهل السواد، و العلوج، لأنهم إذا نهوا لا ينتهون» «۱».

و عن الفقيه أنه رواه مكان

«أهل السواد و العلوج»

: «أهل البوادي من أهل الذمة»

[۱].

(۲) لضعف عباد. لكن رواه في الكافي هكذا: «عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن عباد بن

صهیب» و أحمد بن محمد بن عیسی أخرج البرقی من قم لأنه یروی عن الضعفاء، و یعتمد المراسیل. و ابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع، و ممن لا یروی إلا عن ثقة. و لا یبعد أن یکون ذلک کافیاً فی جبر ضعف السند. و احتمل فی الجواهر أن یکون المراد من التعلیل عدم وجوب غض النظر و ترک التردد فی الأسواق و الأزقة من أجلهن، لأنهن لا ینتهین بالنهی، فیلزم من ترک ذلک العسر و الحرج. لکنه خلاف الظاهر. فلا یبعد إذاً العمل بالحدیث، لو لا ما قد یظهر من المشهور من عدم العمل به، لعدم

---

[۱] من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة ۳۰۰ طبعة النجف الحدیثة. لکن الموجود فیه هکذا: «لا بأس بالنظر الی شعور أهل تهامة و الاعراب و أهل البوادی من أهل الذمة و العلوج لأنهن إذا نهین لا ینتهین».

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

[(مسألة ۲۸): یجوز لکل من الرجل و المرأة النظر الی ما عدا العورة من مماثله]

(مسألة ۲۸): یجوز لکل من الرجل و المرأة (۱) النظر الی ما عدا العورة من مماثله شیخا أو شاباً، حسن الصورة أو قبیحها، ما لم یکن بتلذذ أو ریبة (۲). نعم یکره کشف المسلمة بین یدی الیهودیة و النصرانیة (۳)، بل مطلق الکافرة (۴)، فإنهن یصفن ذلک لأزواجهن. و القول بالحرمة

تعرضهم لمضمونه. نعم لا بأس بالعمل به بالمقدار الذی علیه السیرة، و هو ما أشار إلیه المصنف (ره) بقوله: «نعم الظاهر ..».

(۱) بلا إشکال و لا خلاف، بل لعله من ضروریات الدین المعلومة باستمرار عمل المسلمین علیه فی جمیع الأعصار و الأمصار. کذا فی الجواهر، و یشهد له النصوص الواردة فی آداب الحمام

«۱». (۲) لما سبق.

(۳) لما

فی صحیح حفص بن البختری عن أبی عبد اللّه (ع): «لا ینبغی للمرأة أن تنکشف بین یدی الیهودیة و النصرانیة، فإنهن یصفن ذلک لأزواجهن» «۲».

و قوله (ع):

«لا ینبغی»

لا یدل علی أکثر من الکراهة، کما أن التعلیل یقتضی اختصاص الکراهة بالمزوجة التی هی مظنة الوصف للزوج، فلا تشمل من لا زوج لها، أو کان مفقوداً، أو کانت مأمونة من جهة التوصیف، کما لا تشمل المرأة التی لا صفات لها حسنة لا یحسن نقلها، کما أن مقتضی التعلیل التعدی الی غیر الیهودیة و النصرانیة إذا کانت تصف لزوجها من تراه من النساء.

(۴) کأنه لعموم التعلیل.

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۳، ۴، ۵، ۱۸ من أبواب آداب الحمام.

(۲) الوسائل باب: ۹۸ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

للآیة (۱) حیث قال تعالی (أَوْ نِسٰائِهِنَّ) فخص بالمسلمات ضعیف لاحتمال کون المراد من (نِسٰائِهِنَّ) (۲) الجواری و الخدم لهن من الحرائر.

[(مسألة ۲۹): یجوز لکل من الزوج و الزوجة النظر الی جسد الآخر]

(مسألة ۲۹): یجوز لکل من الزوج و الزوجة النظر الی جسد الآخر (۳)، حتی العورة (۴)، مع التلذذ و بدونه،

---

(۱) قال فی کشف اللثام: «و الشیخ، و الطبرسی فی تفسیرهما، و الراوندی فی فقه القرآن، علی المنع من نظر المشرکة الی المسلمة. قال الشیخ و الراوندی: إلا أن تکون أمة، و فسروا (نِسٰائِهِنَّ) بالمؤمنات و هو قوی» و فی الحدائق: موافقتهم، لأن «لا ینبغی» فی الصحیح بمعنی:

لا یجوز، و لأن النهی فی الآیة للتحریم.

(۲) هذا الاحتمال نسبه فی المسالک الی المشهور، و عن الکشاف:

«المراد من (نِسٰائِهِنَّ) من فی صحبتهن من الحرائر». و یحتمل أن یکون المراد منه ما یعم الأمرین معا. و یحتمل أن یکون المراد منه مطلق النساء سواء کن فی صحبتهن أو خدمتهن، أم لم یکن کذلک، کما احتمله فی الجواهر. و یحتمل أن یکون المراد النساء اللاتی من الأرحام کالعمة و الخالة و الأخت. و لعل قرینة السیاق تقتضی ذلک، فیکون أقرب.

و بالجملة: یکفی فی الإضافة أدنی ملابسة، و الملابسة المصححة للإضافة فی المقام مجهولة مرددة بین وجوه لا قرینة علی واحد منها، و الحمل علی جهة الاشتراک فی الدین لیس أولی من غیره، و مع الاجمال لا مجال للاستدلال.

و أقرب الاحتمالات الأخیر، و أبعدها ما فی الجواهر.

(۳) إجماعاً، نصا

«۱» و فتوی، بل هو من الضروریات.

(۴) کما صرح به فی النصوص، بل المصرح فیها أکثر من ذلک.

.

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۵۹ من أبواب مقدمات النکاح

بل یجوز لکل منهما مس الآخر بکل عضو منه کل عضو من الآخر مع التلذذ و بدونه (۱).

[(مسألة ۳۰): الخنثی مع الأنثی کالذکر]

(مسألة ۳۰): الخنثی مع الأنثی کالذکر (۲)، و مع الذکر کالأنثی.

نعم عن ابن حمزة حرمة النظر الی فرج المرأة حال الجماع. لما

فی خبر أبی سعید الخدری فی وصیة النبی (ص) لعلی (ع): «و لا ینظر الرجل الی فرج امرأته. و لیغض بصره عند الجماع، فان النظر الی الفرج یورث العمی فی الولد» «۱».

لکن

فی موثق سماعة قال: «سألته عن الرجل ینظر فی فرج المرأة و هو یجامعها. قال (ع): لا بأس به إلا أنه یورث العمی» «۲».

(۱) هذا کما قبله من القطعیات.

(۲) قال فی جامع المقاصد: «الخنثى المشکل بالنسبة الى الرجل کالمرأة، و بالنسبة إلى المرأة کالرجل، لتوقف یقین امتثال الأمر بغض البصر و الستر على ذلک». و عن صاحب المدارک: الاتفاق علیه.

أقول: الخنثى مع ابتلائه بکل من الرجل و المرأة یعلم إجمالا بحرمة النظر الى أحد الصنفین فیجب علیه الاجتناب عنهما معا. و أما مع عدم الابتلاء إلا بأحدهما، فیشکل وجوب الاحتیاط علیه للشبهة الموضوعیة، کما أشار الى ذلک فی الجواهر. و مثله الأنثى مع الخنثى فإنه لما لم یحرز ذکورته، لم یجب التستر عنه، و لم یحرم النظر الیه. و کذا الکلام فی الذکر مع الخنثى. و سیأتی فی المسألة الخمسین ما له تعلق بالمقام.

---

(۱) الوسائل باب: ۵۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۵۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

[(مسألة ۳۱): لا یجوز النظر إلى الأجنبیة و الأجنبی]

(مسألة ۳۱): لا یجوز النظر إلى الأجنبیة (۱)، و لا للمرأة النظر إلى الأجنبی (۲) من غیر ضرورة.

---

(۱) إجماعا، بل ضرورة من المذهب. کذا فی الجواهر. و یشهد له قوله تعالى (قُلْ لِلْمُؤْمِنِینَ یَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ، وَ یَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ، ذلِکَ أَزْکى لَهُمْ إِنَّ اللّهَ خَبِیرٌ بِما یَصْنَعُونَ. وَ قُلْ لِلْمُؤْمِناتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصارِهِنَّ، وَ یَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ، وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا ما ظَهَرَ مِنْها، وَ لْیَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلى جُیُوبِهِنَّ وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنَّ، أَوْ آبائِهِنَّ، أَوْ آباءِ بُعُولَتِهِنَّ، أَوْ أَبْنائِهِنَّ، أَوْ أَبْناءِ بُعُولَتِهِنَّ، أَوْ إِخْوانِهِنَّ، أَوْ بَنِی إِخْوانِهِنَّ، أَوْ بَنِی أَخَواتِهِنَّ، أَوْ نِسائِهِنَّ، أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُنَّ أَوِ التّابِعِینَ غَیْرِ أُولِی الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجالِ، أَوِ الطِّفْلِ الَّذِینَ لَمْ یَظْهَرُوا عَلى عَوْراتِ النِّساءِ. وَ لا یَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِیُعْلَمَ ما یُخْفِینَ مِنْ زِینَتِهِنَّ، وَ تُوبُوا إِلَى اللّهِ جَمِیعاً أَیُّهَا الْمُؤْمِنُونَ، لَعَلَّکُمْ تُفْلِحُونَ) «۱». و إن کانت دلالته لا تخلو من تأمل. فإن غض الابصار غیر ترک النظر. مع أنه من المحتمل أن یکون المراد الفروج بقرینة السیاق، لا العموم. مع أن إرادة العموم تقتضی الحمل على الحکم الأولی، و هو غض النظر عن کل شیء. و حمله على الغض عن المؤمنات لا قرینة علیه. اللهم الا أن یکون المستند فی تعیین المراد الإجماع.

(۲) کما هو المعروف، لعموم الأمر بغضهن من أبصارهن، بناء على ما عرفت من الإجماع، و یؤیده ما ورد من قول النبی (ص) لعائشة و حفصة، حین دخل ابن أم مکتوم: «أدخلا البیت، فقالتا: إنه أعمى. فقال: إن لم یرکما فإنکما تریانه» «۲».

لکن فی التذکرة: «حکى عن بعض الجواز. مستدلا على ذلک بأنه لو استویا لأمر الرجل بالاحتجاب

---

(۱) النور: ۳۰، ۳۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

و استثنى جماعة الوجه و الکفین فقالوا بالجواز فیهما (۱)

کالنساء». و هو کما تری.

و الذی یظهر من کلماتهم مساواة المرأة للرجل فی المستثنی منه و المستثنی.

فإن الحکم فی المستثنی بالنسبة إلی نظر الرجل کان مستنداً الی قوله تعالی:

(إِلّا ما ظَهَرَ مِنْها)، و لیس مثله ثابتا فی نظر المرأة، فلا مستند فی المساواة کلیة إلا الإجماع، کما ادعاه بعضهم، ففی الریاض: «تتحد المرأة مع الرجل، فتمنع فی محل المنع، و لا تمنع فی غیره، إجماعا»، و نحوه کلام شیخنا الأعظم (ره) فی الرسالة. لکن الاعتماد علی الإجماع المخالف للسیرة القطعیة الفارقة بین الرجل و المرأة فی ستر الوجه و الکفین، کما تری.

(۱) نسب هذا القول الی الشیخ و جماعة، و اختاره فی الحدائق و المستند و شیخنا الأعظم فی رسالة النکاح، مستندین فی ذلک الی صحیح الفضیل قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الذراعین من المرأة، هما من الزینة التی قال اللّه تعالی (وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنَّ)؟ قال: نعم، و ما دون الخمار من الزینة، و ما دون السوارین» «۱»

و ظاهر أن ما یستره الخمار هو الرأس و الرقبة، و الوجه خارج عنه، و ان الکف فوق السوار لا دونه، فیکونان خارجین عن الزینة. و فی موثق زرارة عن أبی عبد اللّه (ع) فی قول اللّه عز و جل (إِلّا ما ظَهَرَ مِنْها) قال: «الزینة الظاهرة:

الکحل و الخاتم» «۲»

، و هما فی الوجه و الکف، و

روایة أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن قول اللّه عز و جل:

(۱) الوسائل باب: ۱۰۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۰۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷

.....

(وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا ما ظَهَرَ مِنْها) قال (ع): الخاتم و المسکة، و هی القلب) «۱»

و القلب- بالضم-: السوار، و

خبر مسعدة بن زیاد: «سمعت جعفرا (ع) و سئل عما تظهر المرأة من زینتها، قال (ع): الوجه و الکفین» «۲»

، و

خبر أبی الجارود المروی عن تفسیر علی بن إبراهیم عن أبی جعفر (ع): «فی قوله تعالی (وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا ما ظَهَرَ مِنْها)، فهی الثیاب، و الکحل، و الخاتم، و خضاب الکف، و السوار. و الزینة ثلاثة: زینة للناس، و زینة للمحرم، و زینة للزوج. فاما زینة الناس فقد ذکرنا. و أما زینة المحرم فموضع القلادة فما فوقها، و الدملج فما دونه، و الخلخال و ما سفل منه. و أما زینة الزوج فالجسد کله» «۳».

الی غیر ذلک من النصوص التی یستفاد منها صراحة، أو ظهوراً، أو إشعاراً: الجواز. و منها: ما ورد فی المرأة تموت و لیس معها الا الرجال، و فی الرجل یموت و لیس معه الا النساء. و منها:

صحیحة أبی حمزة الثمالی عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن المرأة المسلمة یصیبها البلاء فی جسدها، إما کسر، و إما جرح، فی مکان لا یصلح النظر إلیه یکون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، أ یصلح له النظر إلیها؟ قال (ع): إذا اضطرت فلیعالجها إن شاءت» «۴»

، فإن الروایة کالصریحة فی أن من جسد المرأة ما یصلح النظر إلیه، و ما لا یصلح.

بل یمکن الاستدلال بالآیة الشریفة (وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنٰاتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصٰارِهِنَّ وَ یَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَ لٰا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّٰا مٰا ظَهَرَ مِنْهٰا وَ لْیَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلیٰ جُیُوبِهِنَّ)، فان استثناء ما ظهر من الزینة یدل علی أن من الزینة

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۱۰۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۵.

(۳) مستدرک الوسائل باب: ۸۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۳۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۸

.....

ما هو ظاهر، و لا یکون إلا بظهور موضعها، فیدل علی أن بعض جسد المرأة ما یجوز إظهاره و لا یحرم کشفه. لا أقل من استفادة ذلک من قوله تعالی (وَ لْیَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلیٰ جُیُوبِهِنَّ)، فان تخصیص الجیوب بوجوب الستر یدل علی عدم وجوب ستر الوجه، و إلا کان أولی بالذکر من الجیب، لأن الخمار یستر الجیب غالباً و لا یستر الوجه.

و قیل: لا یجوز. و اختاره العلامة فی التذکرة و الإرشاد، و تبعه علیه جماعة، منهم کاشف اللثام، و شیخنا فی الجواهر، لعموم ما دل علی غض البصر، و قوله تعالی (وَ لٰا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ)، و ما فی کنز العرفان من إطباق الفقهاء علی أن بدن المرأة عورة إلا علی الزوج و المحارم، و لسیرة المتدینین من الستر، و لما فی الروایات المتضمنة أن النظر سهم من سهام إبلیس

، و أن زنا العین النظر

، و أنه رب نظرة أوجبت حسرة یوم القیامة

«۱» و

مکاتبة الصفار الی أبی محمد (ع): «فی رجل أراد أن یشهد علی امرأة لیس لها بمحرم، هل یجوز له أن یشهد علیها و هو من وراء الستر یسمع کلامها، إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التی تشهدک، و هذا کلامها، أو لا یجوز له الشهادة حتی تبرز و یثبتها بعینها؟

فوقع (ع): تتنقب و تظهر للشهود» «۲»

، و لما ورد من أن المرأة الخثعمیة أتت رسول اللّٰه (ص) بمنی فی حجة الوداع تستفتیه، و کان الفضل بن العباس ردیف رسول اللّٰه (ص)، فأخذ ینظر إلیها و تنظر إلیه فصرف رسول اللّٰه (ص) وجه الفضل عنها، و

قال: «رجل شاب و امرأة شابة. أخاف أن یدخل الشیطان بینهما» «۳».

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۰۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱، ۲، ۵.

(۲) من لا یحضره الفقیه باب: ۲۹ من أبواب القضاء حدیث: ۲.

(۳) مستدرک الوسائل باب: ۸۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۷، کنز العمال:

ج: ۳ حدیث: ۷۹۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹

مع عدم الریبة و التلذذ (۱).

و المناقشة فی جمیع ذلک ممکنة، فإن عموم ما دل علی لزوم غض البصر مقید بما سبق، مع أن غض البصر أعم من ترک النظر. و قوله تعالی:

(وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ) قد استثنی منه ما ظهر منها. و حمله علی زینة الثیاب- کما حکاه فی کشف اللثام عن ابن مسعود- مع أنه خلاف الظاهر فی نفسه، مخالف لقرینة السیاق مع قوله تعالی (وَ لْیَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ). و أما إطباق الفقهاء المحکی عن کنز العرفان: فلا مجال للاعتماد علیه مع وضوح الخلاف و شهرته، و أما السیرة: فأعم من الوجوب. و أما ما فی الروایات من أن النظر سهم من سهام إبلیس

: فالظاهر أنه بملاحظة ما یترتب علی النظر من الأثر المحرم، فان ذلک هو المناسب للتعبیر بالسهم، فیکون مختصاً بالنظر بشهوة. و أظهر منه فی ذلک هو المناسب للتعبیر بالسهم، فیکون مختصاً بالنظر بشهوة. و أظهر منه فی ذلک ما ورد من أن زنا العین النظر

، و أنه رب نظرة أوجبت حسرة

. علی أن الأخیر إیجاب جزئی، و هو لا یدل علی عموم التحریم. و أما الأمر بالتنقب فی المکاتبة: فلا یظهر أنه للوجوب التعبدی، و من الجائز أن یکون للمحافظة علی خفارة المرأة و منع ما یوجب الاستحیاء. مع أنها تدل علی جواز النظر الی بعض الوجه. و أما روایة الخثعمیة: فتدل علی الجواز، کما فی المسالک، لأنه (ص) لم ینههما عن النظر، و إنما صرف وجه الفضل عن المرأة، معللا بخوف دخول الشیطان، الناشئ من التلذذ، الحاصل من وقوع النظر المؤدی إلی الافتتان. هذا مضافاً الی ما یظهر من الروایة من أن المرأة کانت مکشوفة الوجه، و أن النبی (ص) کان ینظر إلیها، فرآها تنظر الی الفضل. و هناک وجوه أخری للجواز، و التحریم، لا یهم ذکرها لوضوح المناقشة فیها.

(۱) قد عرفت أن الریبة مفسرة فی کلامهم بأحد أمور: خوف الوقوع فی الحرام، و ما یخطر فی البال عند النظر من المیل الی الوقوع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۰

.....

فی الحرام مع المنظور الیه من تقبیل و نحوه. و خوف الافتتان. و یظهر من کلماتهم حرمة النظر فی جمیع ذلک، و أن العمدة فیه الإجماع و ارتکاز المتشرعة. و کذا النظر مع التلذذ.

و هل یختص التحریم بقصد التلذذ- کما قد یظهر من عبارة الشرائع، و القواعد، و غیرها، حیث ذکر فیها أنه لا یجوز النظر لتلذذ أو ریبة- أو یعم ما إذا حصل التلذذ، فی حال النظر و إن لم یکن واقعاً بقصد التلذذ، فیجب علیه الکف مع التلذذ؟ وجهان. و فی رسالة شیخنا الأعظم:

الظاهر الأول، لإطلاق الأدلة، و لأن النظر الی حسان الوجوه من الذکور و الإناث لا ینفک عن التلذذ غالباً بمقتضی الطبیعة البشریة المجبولة علی ملائمة الحسان، فلو حرم النظر مع حصول التلذذ لوجب استثناء النظر الی حسان الوجوه، مع أنه لا قائل بالفصل بینهم و بین غیرهم.

و أیده (قده)

بصحیح علی بن سوید: «قلت لأبی الحسن (ع): إنی مبتلی بالنظر الی المرأة الجمیلة فیعجبنی النظر إلیها، فقال (ع): لا بأس یا علی إذا عرف اللّه من نیتک الصدق، و إیاک و الزنا، فإنه یذهب بالبرکة، و یذهب بالدین» «۱»

، فان مراد السائل أنه کثیراً ما یتفق له الابتلاء بالنظر الی المرأة الجمیلة، و أنه حین النظر إلیها یتلذذ لمکان حسنها.

و فیه: أن الظاهر من المرتکزات الشرعیة حرمة النظر مع التلذذ، فیقید به الإطلاق. و أما ما ذکره ثانیا، ففیه: أن التلذذ الذی هو محل الکلام التلذذ الشهوی، و ما تقتضیه الطبیعة البشریة المجبولة علی ملائمة الحسان هو التلذذ غیر الشهوی، کالتلذذ الحاصل بالنظر الی

المناظر الحسنة، کالحدائق النظرة، و العمارات الجمیلة، و الاشعة الکهربائیة المنظمة علی نهج معجب، و نحو ذلک، و کل ذلک لیس مما نحن فیه. و أما صحیح.

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب النکاح المحرم حدیث: ۳

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱

و قیل بالجواز فیهما مرة (۱)، و لا یجوز تکرار النظر. و الأحوط المنع مطلقاً.

علی بن سوید فالظاهر منه الاضطرار الی النظر لعلاج و نحوه، بقرینة

قوله (ع): «إذا عرف اللّه من نیتک الصدق»

یعنی: الصدق فی أن نظرک للغایة اللازمة، لا ما ذکره (قده) و لا ما ذکر فی کشف اللثام و الجواهر من النظر الاتفاقی، إذ النظر الاتفاقی لا نیة فیه.

(۱) اختار هذا القول فی الشرائع، و القواعد. للجمع بین أدلة القولین، کما یشهد به

النبوی: «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولی لک، و الثانیة علیک، و الثالثة فیها الهلاک» «۱»

و عن العیون روایته بدل:

«فان ..»

: «فلیس لک یا علی إلا أول نظرة» «۲»

، و

خبر الکاهلی عن الصادق (ع): «النظرة بعد النظرة تزرع فی القلب الشهوة، و کفی بها لصاحبها فتنة» «۳».

و فیه: أن من أدلة القولین ما یأبی هذا الجمع جدا. مع أنه بلا شاهد. و النبوی لا یصلح لذلک، لقصوره سنداً، بل دلالة أیضا، لقرب کون المراد من أن النظرة الثانیة علیه: أنها توجب الریبة و اللذة، بقرینة جعل المراتب ثلاثة. و بالجملة: القول المذکور أضعف الأقوال دلیلا. و أقواها القول الأول، لو لا ما علیه مرتکزات المتشرعة من المنع، علی وجه یعد ارتکاب النظر عندهم من المنکرات التی لا تقبل الشک و التردد، و لا یقبل فیها عذر و لا اعتذار. و احتمال أن یکون ذلک من جهة الغیرة، بعید. و لذلک لا یستنکرون النظر الی

---

(۱) لم نعثر علی هذا النص، نعم یوجد هذا المضمون متفرقاً فی أحادیث الباب: ۱۰۴ من أبواب مقدمات النکاح من الوسائل.

(۲) الوسائل باب: ۱۰۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۰۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲

[(مسألة ۳۲): یجوز النظر الی المحارم التی یحرم علیه نکاحهن]

(مسألة ۳۲): یجوز النظر الی المحارم (۱) التی یحرم علیه نکاحهن، نسباً، أو رضاعا (۲)،

القواعد من النساء استنکاراً دینیاً، و إن کانوا یستنکرونه من جهة الغیرة و لا یرونه حراماً. نعم یختص هذا الاستنکار فی النساء التی یکون النظر إلیها مظنة التلذذ، و إن لم یکن بقصد التلذذ، و لا مقروناً معه. و لأجل ذلک لا مجال للإقدام علی الفتوی بالجواز فیهن، و

إن قام عليه دليل. اللهم إلا أن يكون الاستنكار من جهة ما يترتب عليه من التلذذ غالباً. و المسألة محتاجة إلى تأمل.

(۱) إجماعا، صريحاً و ظاهراً. فی كلام جماعة. و فی الجواهر: عده من الضروريات. و يشهد له فی الجملة قوله تعالى (وَ لا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنَّ ..) «۱». و ما ورد فی تغسيل المحارم مجردات و يلقى على عورتهن خرقة

«۲». لكن فی القواعد فی آخر حد المحارب: «ليس للمحرم التطلع على العورة، و الجسد عاريا»، و نسب الى ظاهر التحرير هناك، و عن التذكرة: حكايته عن الشافعية فی وجه، و عن التنقيح:

استثناء الثدى حال الرضاع. و لكنه كما ترى مخالف لإطلاق الكتاب، و معاقد الإجماع. و إن كان قد يشهد له خبر أبی الجارود المتقدم

«۳». لكنه لا يصلح لمعارضة ما ذكر.

(۲) إذا كان حكمه مستفاداً مما دل على أنه بمنزلة النسب، فلا يشمل ما يستفاد حكمه مما دل على أنه لا ينكح أبو المرتضع فی أولاد صاحب اللبن

«۴»

---

(۱) النور: ۳۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب غسل الميت.

(۳) راجع صفحة: ۲۷.

(۴) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث: ۱۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج‌۱۴، ص: ۳۳

أو مصاهرة (۱)، ما عدا العورة، مع عدم تلذذ و ريبة (۲).

و كذا نظرهن إليه (۳).

[(مسألة ۳۳): المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيد]

(مسألة ۳۳): المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيد (۴) إذا لم تكن مشتركة، أو وثنية، أو مزوجة (۵) أو مكاتبة أو مرتدة.

أو فی أولاد المرضعة

«۱»، فإن دليل التحريم فی مثل ذلک لا يقتضی الخروج عن عموم حرمة النظر و عموم وجوب التستر.

(۱) بالمعنى الآتی بيانه، و هو المختص بعلاقة الزوجية، لا غير، فإنه الذی تقتضيه الأدلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر. فلا يشمل التحريم الحاصل من الزنا، أو اللواط، أو نحو ذلک.

(۲) إجماعا على ما عرفت.

(۳) لما عرفت من البناء على المساواة بين الرجل و المرأة.

(۴) الذی يظهر من جماعة التلازم فی الأمة بين جواز النكاح ذاتا و النظر، فاذا جاز نكاح الأمة ذاتاً جاز النظر إليها، و الا فلا. و إذا حرم نكاحها عرضا لحيض و نحوه، لم يحرم النظر إليها. و لأجل ذلک استثنى فی المتن- تبعا للتذكرة، و غيرها- المشركة و ما بعدها، لعدم جواز نكاحهن.

(۵)

فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أ تقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، و قال: قد منعنى أن أزوج بعض خدمى غلامى لذلك» «۲»

، و نحوه غيره. لكن فى دلالته على الحرمة تأمل. و لذا مال أو قال بالجواز فيها جماعة.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث: ۱، ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب نكاح العبيد حديث: ۱.

[(مسألة ۳۴): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة]

(مسألة ۳۴): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة (۱)، و إن حرم وطؤها. و كذا الأمة كذلك. و كذا إلى المطلقة الرجعية (۲) ما دامت فى العدة، و لو لم يكن بقصد الرجوع (۳).

[(مسألة ۳۵): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبى و الأجنبية مواضع]

(مسألة ۳۵): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبى و الأجنبية مواضع. (منها): مقام المعالجة (۴)، و ما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق، و الكسر، و الجرح، و الفصد

---

(۱) لعموم ما دل على جواز الاستمتاع بالزوجة. و عليه كما يجوز النظر يجوز غيره من أنواع الاستمتاع، عدا الوطء، فإنه لا ريب عندهم فى حرمته، و كونه القدر المتيقن من اعتداد الزوجة للوطء شبهة. لكن فى القواعد و المسالك: المنع من الاستمتاع بها الى أن تنقضى العدة. و فى الجواهر: «لا دليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة».

(۲) لما تضمن النص من أنها زوجة فتترتب عليها أحكامها، و منها جواز النظر.

(۳) لكن ترتب الرجوع عليه غير ظاهر. لعدم كونه من أمارات الزوجية، اللهم إلا أن يكون بتلذذ و شهوة.

(۴) لا إشكال فى ذلك و لا خلاف، و فى المسالك: الإجماع على جواز النظر مع الحاجة اليه. و يشهد له صحيح الثمالى المتقدم فى أدلة جواز النظر الى الوجه و الكفين

«۱»، و عموم نفى الضرر

«۲». و مقتضى عبارات الأكثر جواز النظر لمطلق الحاجة. و لكنه غير ظاهر. إذ صحيح

---

(۱) راجع صفحة: ۲۷.

(۲) راجع الوسائل باب: ۱۶ من أبواب الخيار فى كتاب البيع، و باب: من كتاب الشفعة، و باب: ۷، ۱۲ من كتاب احياء الموات.

و الحجامة، و نحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل (۱)، بل يجوز المس و اللمس حينئذ (۲). (و منها): مقام الضرورة، كما إذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه، أو على المس (۳). (و منها): معارضة كل ما هو أهم فى نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس (۴).

(و منها): مقام الشهادة تحملا أو أداء مع دعاء الضرورة (۵) و ليس منها ما عن العلامة من جواز النظر الى الزانيين لتحمل الشهادة (۶).

فالأقوى عدم الجواز. و كذا ليس منها النظر

الثمالى مختص بالضرورة. و العمومات لا تقتضى الجواز إلا معها. فالبناء على تسويغ النظر بمجرد الحاجة ضعيف.

(۱) كما فى المسالك، و كشف اللثام، و غيرهما. لعدم الضرورة أو الحاجة حينئذ. فالمرجع عموم المنع.

(۲) لعموم ما دل على الجواز للضرورة، مثل قاعدة:

«لا ضرر و لا ضرار»

. و أما

قوله (ع): «ما من شيء إلا و قد أحله اللّه تعالى لمن اضطر اليه» «۱».

فيختص بالمضطر، و لا يشمل الطبيب. نعم يمكن دخول ذلك فى عموم صحيح الثمالى المتقدم

. فلاحظ.

(۳) فان مزاحمة تحريم النظر بما هو أهم منه- من وجوب حفظ النفس المحترمة من الهلاك- يقتضى سقوطه، و تقدم الأهم، و العمل عليه.

(۴) لما عرفت. بل ما سبق من بعض موارده و صغرياته، فكان الأولى الاقتصار على هذا و ترك ما قبله.

(۵) لما سبق.

(۶) ذكر ذلك فى القواعد. و علله فى المسالك: بأنه وسيلة إلى إقامة

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب القيام حديث: ۶، ۷. مع اختلاف يسير عما فى المتن.

الى الفرج للشهادة على الولادة، أو الثدى للشهادة على الرضاع و إن لم يمكن إثباتها بالنساء، و إن استجوده الشهيد الثانى (۱)

حدود اللّه تعالى، و لما فى المنع من عموم الفساد، و اجتراء النفوس على هذا المحرم، و انسداد باب ركن من أركان الشرع، و لم تسمع الشهادة بالزنا، لتوقف تحملها على الاقدام على النظر المحرم، و إدامته لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل فى المكحلة، و إيقاف الشهادة على التوبة يحتاج الى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة، فيعود المحذور السابق. ثمَّ قال:

«و هذا القول ليس بذلك البعيد». لكن عن العلامة فى قضاء القواعد و التذكرة: أنه استقرب المنع. و فى كشف اللثام: أنه الأقرب. و فى الجواهر: أنه الأقوى. لعدم ثبوت جواز النظر فيه. و ما ذكره فى المسالك لا يقتضيه، إذ من الجائز أن لا يتعلق الغرض بإثباته بنحو يقتضى تحليل النظر. و يشير اليه عدم الاجتزاء بشهادة العدلين، بل لا بد فى إثباته من شهادة الأربعة، فإن ذلك يناسب عدم الاهتمام به فى مقام الإثبات. غير أن استقرار السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد يقتضى الجواز. اللهم إلا أن يقال: إن السيرة مجملة، لا يمكن أن يستفاد منها الجواز، لاحتمال الحمل على الصحة، للغفلة أو نحوها.

(۱) فى المسالك: «و أما نظر الفرج للشهادة على الولادة، و الثدى للشهادة على الرضاع، فإن أمكن إثباتها بالنساء لم يجز للرجال. و إلا فوجهان، أجودهما: الجواز، لدعاء الضرورة اليه، و كونه من مهام الدين و أتم الحاجات، خصوصاً أمر الثدى، و يكفى فى دعاء الضرورة إلى الرجال المشقة فى تحصيل أهل العدالة من النساء على وجه يثبت به الفعل». و فيه: المنع من حصول الضرورة الى ذلك كلية. و كونه من مهام الدين و أتم الحاجات لا يقتضيه إلا مع وجود جهة تقتضى وجوب

(و منها): الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ (۱) اللّاتِی لا یَرْجُونَ نِکَاحاً بالنسبة الی ما هو المعتاد له (۲) من کشف بعض الشعر و الذراع

إثباته، إذ من البدیهی جواز الرجوع الی أصل الطهارة مع الشک فی النجاسة، و الی أصل الحل مع الشک فی الحرمة، و الی قاعدة الفراغ مع الشک فی تمام الأداء، و الی أصالة الصحة مع الشک فی أکثر الموارد التی هی من مهام الدین، کما لا یخفی.

(۱) قال اللّه تعالی (وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللّاتِی لا یَرْجُونَ نِکاحاً فَلَیْسَ عَلَیْهِنَّ جُناحٌ أَنْ یَضَعْنَ ثِیابَهُنَّ غَیْرَ مُتَبَرِّجاتٍ بِزِینَةٍ، وَ أَنْ یَسْتَعْفِفْنَ خَیْرٌ لَهُنَّ، وَ اللّهُ سَمِیعٌ عَلِیمٌ) «۱».

(۲)

ففی مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع). «أنه قرأ (أَنْ یَضَعْنَ ثِیابَهُنَّ) قال: الخمار و الجلباب. قلت: بین یدی من کان؟

قال (ع): بین یدی من کان، غیر متبرجة بزینة» «۲»

، و نحوه مصحح حریز بن عبد اللّه عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳». لکن

فی صحیح محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (ع): «ما الذی یصلح لهن أن یضعن من ثیابهن؟ قال: الجلباب» «۴»

، و

فی خبر محمد بن أبی حمزة عنه (ع): «الجلباب وحده» «۵».

و

فی خبر الکنانی عنه (ع): «الجلباب إلا أن تکون أمة فلیس علیها جناح أن تضع خمارها» «۶».

و الجمع بینها

---

(۱) النور: ۶۰.

(۲) الوسائل باب: ۱۱۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۱۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۱۱۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۵) الوسائل باب: ۱۱۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۶) الوسائل باب: ۱۱۰ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۸

و نحو ذلک، لا مثل الثدی و البطن (۱) و نحوهما مما یعتاد سترهن له. (و منها): غیر الممیز من الصبی و الصبیة (۲)، فإنه

یقتضی حمل الأخیر علی الاستحباب. و مقتضی ذلک جواز کشف ما یستر الخمار من الشعر و الرقبة و بعض الصدر، و کشف ما یستره الجلباب و هو الذراع. و منه یشکل ما فی المتن من تخصیص الکشف ببعض الشعر.

و لا سیما بملاحظة

صحیح البزنطی المروی فی قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن الرجل یحل له أن ینظر الی شعر أخت امرأته؟

فقال (ع): لا، إلا أن تکون من القواعد. قلت له: أخت امرأته و الغریبة سواء؟ قال (ع): نعم. قلت: فما لی من النظر الیه منها؟

فقال (ع): شعرها و ذراعها» «۱».

و منه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع و إن لم يكن الجلباب ساتراً له بتمامه. كما أن الاقتصار على الشعر و الذراع لا بد أن يكون لمزيد الاهتمام بهما، و إلا فوضع الجلباب و الخمار يقتضى جواز كشف غير ذلك، و يتعين العمل به.

(۱) لخروجه عن مفاد النصوص المذكورة، فيرجع فيه الى عموم حرمة النظر و عموم الحجاب. و إن كان ظاهر عبارة التذكرة ارتفاع حكم العورة عن جميع أجسادهن. و حكاه فى الجواهر عن ظاهر عبارة الشهيد و غيرها. و كأنه اعتماداً على ظاهر الآية. لكنه ضعيف، لما ذكر.

(۲) هذا فى الجملة من القطعيات. و يقتضيه قوله تعالى (أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «۲». فان المتيقن منه غير المميز. كما تقتضيه أيضا السيرة، و ما ورد فى موارد متفرقة، مثل ما ورد فى تغسيل الرجل الصغيرة، و المرأة الطفل الصغير

«۳»، و غير

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰۷ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۲) النور: ۳۱.

(۳) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب غسل الميت.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۹

يجوز النظر إليهما، بل اللمس. و لا يجب التستر منهما. بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ (۱)،

ذلك. و كذلك الحكم فى اللمس، و عدم وجوب التستر منهما.

(۱) كما صرح به جماعة.

لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الجارية التى لم تدرك متى ينبغى لها أن تغطى رأسها ممن ليس بينها و بينه محرم؟ و متى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاة؟ قال (ع): لا تغطى رأسها حتى تحرم عليها الصلاة» «۱».

و هو و إن كان وارداً فى الصبية، لكن يتعدى منها إلى الصبى بالأولوية فيجوز نظر المرأة إليه قبل البلوغ. كما يتعدى الى غير الشعر بعدم القول بالفصل. و الرواية و إن كانت ظاهرة فى جواز تكشف الصبية للبالغ، لكنها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره إليها. و أما نظرهما الى غير المماثل البالغ، فيدل على

صحيح أحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى عن الرضا (ع): «قال: يؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنين، و لا تغطى المرأة و شعرها منه حتى يحتلم» «۲»

، و نحوه صحيحه الآخر المروى عن قرب الاسناد

«۳». و دلالتهما على جواز التكشف له ظاهرة. و لا- يحتاج فى إثبات جواز نظره الى دعوى الملازمة العرفية، إذ لا إشكال فى حلية نظره، لحديث رفع القلم عن الصبى

«۴»، بل مقتضاه جواز النظر إلى عورة غير المماثل، و إن وجب على المنظور التستر عنه.

و قد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر إلى العورة، تخصيصاً منه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۴ من أبواب مقدمات العبادات حديث: ۱۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰

.....

لحديث رفع القلم عن الصبى بالآية الشريفة و هى قوله تعالى (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرّاتٍ، مِنْ قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ، وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ، وَ مِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشاءِ، ثَلاثُ عَوْراتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَ لا عَلَيْهِمْ جُناحٌ بَعْدَهُنَّ طَوّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلى بَعْضٍ، كَذلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمُ الْآياتِ، وَ اللّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ. وَ إِذا بَلَغَ الْأَطْفالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ، كَذلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آياتِهِ، وَ اللّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) «۱». و فيه أن الآية الشريفة ليست واردة فى تحريم نظر الصبى إلى العورة، و انما واردة فى تحريم التطلع على بعض الافعال و الأحوال التى يستقبح التطلع عليها و يستحى منه، التى يغلب وقوعها فى الأوقات الثلاثة. و الخطاب فيه للبالغين، لا لغير البالغين، يعنى: يلزم البالغين أن يكلفوهم بالاستئذان على وجه يتحقق ذلك منهم، فالآية الاولى ليست واردة فى النظر إلى العورة الحرام، و لا فى تحريم ذلك على غير البالغ. نعم الآية الثانية ظاهرة فى تحريم التطلع على البالغين و الخطاب فيها لهم. يظهر هذا الاختلاف فى المخاطب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين. و كما تختلف الآيتان فى المخاطب تختلفان فى زمان الخطاب، فان مورد الآية الأولى يختص بالأوقات الثلاثة و مورد الآية الثانية عام لجميع الأزمنة. و لعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف فى موضوع التطلع بأن تختص الاولى بما يقبح و الثانية شاملة له و لغيره. و كيف كان لا مجال للاستدلال بالآية على تحريم النظر إلى العورة على غير البالغ بنحو يخصص بها حديث رفع القلم. و إن بناء الفقهاء بل المسلمين على عدم تكليف الصبى مطلقاً حتى وقع الكلام فى وجه عقابه على ترك الإسلام.

.

---

(۱) النور: ۵۸، ۵۹

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۱

إذا لم يبلغ مبلغاً يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة (۱).

[(مسألة ۳۶): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية]

(مسألة ۳۶): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية (۲).

---

(۱) أما مع بلوغ الصبى ذلك ففى الجواهر: «ظاهر غير واحد من الأصحاب المفروغية عن وجوب التستر عنه، و منع الولى إياه، بل فى جامع المقاصد: نفى الخلاف فيه بين أهل الإسلام. كما أن فيه الإجماع على عدم جواز نظر البالغ إلى الأجنبية التى بلغت مبلغاً صارت به مظنة الشهوة، من غير حاجة الى نظرها. فان تمَّ ذلك، كان هو الحجة، و إلا كان محل البحث». و هو كما ذكر. لكن الظاهر أن الإجماع المدعى عليه لا طريق اليه إلا ارتكازيات المتشرعة، التى لا ريب فيها و لا إشكال.

(۲) هذا فى الجملة لا إشكال فيه. و تقتضيه السيرة العملية القطعية.

مضافا الى أصل البراءة و النصوص،

كصحيح عبد اللّه بن يحيى الكاهلى- الذى رواه الصدوق فى الفقيه- قال: «سأل أحمد بن النعمان أبا عبد اللّه (ع) عن جارية ليس بينى و بينها رحم تغشانى فأحملها و أقبلها.

قال (ع): إذا أتی علیها ست سنین فلا تضعها علی حجرک» «۱»

، و

خبر زرارة عن أبی عبد اللّه (ع): «إذا بلغت الجاریة الحرة ست سنین فلا ینبغی لک أن تقبلها» «۲»

، و

مرفوع زکریا المؤمن: «قال أبو عبد اللّه (ع): إذا بلغت الجاریة ست سنین فلا یقبلها الغلام. و الغلام لا یقبل المرأة إذا جاز سبع سنین» «۳».

و نحوها غیرها. و لم یتعرض المصنف لحکم التقبیل بعد ست سنین، و المستفاد من النصوص المذکورة هو الکراهة دون الحرمة، کما یشیر الی ذلک الصحیح الأول الذی اقتصر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۷ من أبواب مقدمات النکاح ملحق حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۷ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۷ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۲

التی لیست له بمحرم، و وضعها فی حجره، قبل أن یأتی علیها ست سنین، إذا لم یکن عن شهوة (۱).

[(مسألة ۳۷): لا یجوز للمملوک النظر الی مالکته]

(مسألة ۳۷): لا یجوز للمملوک النظر الی مالکته (۲)

فیه علی النهی عن الوضع فی الحجر مع أن السؤال کان فیه عنه و عن التقبیل. و بعض النصوص و إن کان ظاهراً فی الحرمة، لکنه قاصر السند. فلاحظ.

(۱) أما إذا کان عن شهوة فلما عرفت من الإجماع الارتکازی علی الحرمة.

(۲) علی المشهور شهرة عظیمة کادت تکون إجماعاً. و إن کان ظاهر المسالک: المیل إلی الجواز، بل نسبة التردد فی ذلک إلی الشیخ فی المبسوط حیث قال: «مع أن الشیخ ذکر فی المبسوط ما یدل علی میله إلی جواز نظر المملوک مطلقاً، و إن کان قد رجع عنه أخیراً و هذه عبارته: «إذا ملکت المرأة فحلا- أو خصیاً فهل یکون محرما لها حتی یجوز له أن یخلو بها و یسافر معها؟ قیل: فیه وجهان» أحدهما- و هو الظاهر-: أنه یکون محرماً، لقوله تعالی: (وَ لٰا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّٰا لِبُعُولَتِهِنَّ .. إلی قوله تعالی أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُنَّ). و الثانی:- و هو الأشبه بالمذهب-:

أنه لا- یکون محرما، و هو الذی یقوی فی نفسی». و هذا الکلام یدل علی تردده، و إن کان میله أخیراً إلی التحریم. و المقصود أن الحکم بتحریم نظر المملوک الفحل لیس بإجماعی. فیمکن الاستدلال علیه بعموم الآیة. و

قد روی الشیخ فی المبسوط و غیره: أن النبی (ص) أتی فاطمة (ع) بعبد قد وهبه لها، و علی فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم یبلغ رجلیها، و إذا غطت به رجلیها لم یبلغ رأسها، فلما رأی رسول اللّه (ص) ما تلقی قال: (إنه لیس علیک بأس، إنما هو أبوک و غلامک) «۱».

---

(۱) الصفحة: ۴ من کتاب النکاح الطبعة الأولی. لکن فیه «و خادمک» بدل قوله: «و غلامک».

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۳

.....

و روی الکلینی أخباراً کثیرة بطرق صحیحة عن الصادق (ع): أن المراد بقوله تعالی (أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُنَّ) شامل للمملوک مطلقا، و روی فی الصحیح عن معاویة بن عمار قال: (قلت لأبی عبد اللّه (ع): المملوک یری شعر مولاته و ساقها. قال (ع): لا بأس)» «۱».

انتهی ما فی المسالک.

و یشهد للقول بالجواز الصحیح

عن یونس بن عمار و یونس بن یعقوب جمیعاً عن أبی عبد اللّه (ع): «لا یحل للمرأة أن ینظر عبدها إلی شیء من جسدها إلا الی شعرها، غیر متعمد لذلک» «۲».

قال فی الکافی: «و فی روایة أخری: لا بأس بأن ینظر الی شعرها إذا کان مأموناً» «۳»

، و صحیح معاویة بن عمار

«۴» المتقدم فی کلام المسالک، و

خبر معاویة بن عمار قال: «کنا عند أبی عبد اللّه (ع) نحواً من ثلاثین رجلا إذ دخل أبی فرحب به. الی أن قال: هذا ابنک؟ قال: نعم، و هو یزعم أن أهل المدینة یصنعون شیئاً ما لا یحل لهم. قال (ع): و ما هو؟ قال:

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۴۳

المرأة القرشیة و الهاشمیة ترکب و تضع یدها علی رأس الأسود و ذراعها علی عنقه. فقال أبو عبد اللّه (ع): یا بنی أ ما تقرأ القرآن؟ قلت: بلی.

قال: اقرأ هذه الآیة: (لٰا جُنٰاحَ عَلَیْهِنَّ فِی آبٰائِهِنَّ وَ لٰا أَبْنٰائِهِنَّ. حتی بلغ: وَ لٰا مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُنَّ)، ثمَّ قال: یا بنی لا بأس أن یری المملوک الشعر و الساق» «۵»

، و

مصحح إسحاق بن عمار: «قلت لأبی

(۱) الکافی الجزء: ۵ الصفحة: ۵۳۱ الطبعة الحدیثة. و قد رواها فی الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴

و لا للخصی النظر الی مالکته، أو غیرها (۱)،

عبد اللّه (ع): أ ینظر المملوک الى شعر مولاته؟ قال (ع): نعم، و إلی ساقها» «۱»

، و

خبر القاسم الصیقل قال: «کتبت إلیه أم علی تسأل عن کشف الرأس بین یدی الخادم، و قالت له: إن شیعتک اختلفوا علی فقال بعضهم: لا بأس. و قال بعضهم: لا یحل. فکتب (ع): سألت عن کشف الرأس بین یدی الخادم، لا تکشفی رأسک بین یدیه، فان ذلک مکروه» «۲».

و لا یخفی أن مقتضی العمل بالنصوص الأخذ بما دل علی الجواز.

لکن لا- مجال له بعد إعراض الأصحاب عنها. فیتعین حملها علی التقیة، أو الضرورة، أو النظر الاتفاقی. و إن کان الأخیران فی غایة البعد و لا سیما بملاحظة ما فیها من التفصیل بین الشعر و الساق و غیرهما. و یشیر إلی الأول ما فی خبر معاویة الحاکی دخول أبیه علی أبی عبد اللّه (ع)

. و أما الآیة: فلا مجال للأخذ بإطلاقها بعد ورود مرسلة الشیخ فی الخلاف:

«روی أصحابنا فی قوله تعالی (أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُنَّ) أن المراد به الإماء، دون العبید الذکران»

«۳». و نحوها فی المبسوط «۴». و فی الشرائع: «و ملک الیمین المستثنی فی الآیة المراد به الإماء». و معارضها قد عرفت إشکاله.

(۱) علی المشهور شهرة عظیمة. و فی الشرائع: «قیل: نعم، و قیل: لا». لکن فی الجواهر: «لم نعرف القائل بالأول سابقاً علی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۷.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۴ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۹.

(۴) آخر مقدمة کتاب النکاح الصفحة: ۴.

.....

زمن المصنف (ره). نعم عن الفاضل فی المختلف جوازه فی المملوک بالنسبة إلی مالکته». قال فی المختلف: «و الحق عندی أن الفحل لا- یجوز له النظر الی مالکته. أما الخصی ففیه احتمال، أقربه الجواز علی کراهیة، للآیة. و التخصیص بالإماء لا- وجه له، لاشتراک الإماء و الحرائر فی الجواز». و عن المحقق الثانی: متابعته، و فی التحریر استشکل فیه.

و یشهد له بعض النصوص،

ففی صحیح محمد بن إسماعیل بن بزیع قال: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن قناع الحرائر من الخصیان. فقال:

کانوا یدخلون علی بنات أبی الحسن (ع) و لا یتقنعن. قلت: فکانوا أحراراً؟ قال (ع): لا. قلت: فالأحرار یتقنع منهم؟ قال (ع): لا» «۱»

، و

روی الشیخ (ره) مرسلا قال: «و روی فی خبر آخر: أنه سئل عن ذلک فقال (ع): أمسک عن هذا، و لم یجبه» «۲»

، و لعله أراد بذلک ما

رواه فی قرب الاسناد عن صالح بن عبد اللّه الخثعمی عن أبی الحسن (ع) قال: «کتبت إلیه أسأله عن خصی لی فی سن رجل مدرک یحل للمرأة أن یراها و تنکشف بین یدیه؟ قال: فلم یجبنی» «۳».

و لعل فى هـذا الخبر دلالـة على كون الصـحيح وارداً للتقية. لكن العمدة فى وهنه إعراض الأصـحاب عنه، مع صـحة سـنده و صـراحة دلالته. فليحمل على التقية أو يطرح.

و قد يستدل على الجواز بقوله تعالى (أَوِ التّابِعِينَ غَيْرِ أُولِى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجالِ) «۴» و فيه: أن المذكور

فى صحيح زرارة قال: «سألت

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۶.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۸.

(۴) النور: ۳۱.

كما لا يجوز للعنين و المجبوب بلا إشكال (۱). بل و لا لكبير

أبا جعفر (ع) عن قوله عز و جل (أَوِ التّابِعِينَ غَيْرِ أُولِى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجالِ ..) الى آخر الآية قال (ع): الأحمق الذى لا يأتى النساء» «۱» و نحوه غيره. و هو لا ينطبق على الخصى.

و من ذلـك تعرف ضـعف القول بجواز نظره مطلقـاً، حراً كـان الخصـى أو مملوكـاً، الى مالكته و غيرها، كما نسب الى ابن الجنيـد، و طائفـة من المتأخرين، منهم السبزوارى فى الكفايـة، و إن كان فى النسـبة إلى الأول تأمل. مع أنه قـد ورد المنع فى بعض النصوص من نظره الى غير مالكته،

ففى خبر عبد الملك بن عتبة النخعى قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن أم الولد، هل يصـلح أن ينظر إليها خصـى مولاها و هى تغتسل؟ قال (ع):

لا يحل ذلك» «۲»

، و

خبر محمـد بن إسـحاق قـال: «سـألت أبـا الحسن موسـى (ع) قلت: يكـون الرجـل خصـى يـدخل على نسـائه، فينـاولهن الوضوء فيرى شعورهن. قال (ع): لا» «۳».

و إن كان مقتضـى الجمع العرفى بينهما و بين الصـحيح المتقدم الحمل على الكراهة. فالعمدة عمومات المنع من النظر و وهن الصحيح المتقدم باعراض المشهور.

(۱) لخروجهمـا عن الخصـى الـذى هو محـل الخلاـف و الاشـكال، فيرجع فيهما الى عمومات المنع. و عن الشافعى: تفسير (غَيْرِ أُولِى الْإِرْبَةِ) بالخصـى، و المجبوب. و لم يعرف ذلك لغيره. و كأنه حمل الآية على معنى من لم يكن له حاجة فى النساء. لكن على هذا لا يختص بما ذكر. و كيف كان لا مجال للأخذ بالآية الشريفة فى غير ما فسرت به فى النصوص المتقدمة.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱۱ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

السن الذی هو شبه القواعد من النساء، على الأحوط (۱).

[(مسألة ۳۸): الأعمى كالبصير فی حرمة نظر المرأة إليه]

(مسألة ۳۸): الأعمى كالبصير فی حرمة نظر المرأة إليه (۲)

---

(۱) فإن المقداد فی كنز العرفان فی تفسير (غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ) قال:

«قيل: المراد بهم الشيوخ الذين سقطت شهوتهم و ليس لهم حاجة الى النساء. و هو مروی عن الكاظم (ع). و الإربة: الحاجة» و فيه: أنه مرسل ضعيف فی نفسه. فضلا عن صلاحية معارضته لما عرفت.

و لذا قال فی محكی جامع المقاصد: «و لو كان شيخاً كبيراً جداً هرماً ففی جواز نظره احتمال. و مثله العنين و المخنث، و هو المشبه بالنساء.

و اختار فی التذكرة أنهم كالفحل، لعموم الآية. و هو قوی». لكن فی الجواهر: «أن المراد بغير اولی الإربة من لا يشتهی النكاح، لكبر سن و نحوه، شبه القواعد من النساء التی لا ترجو نكاحا و لا تطمع فيه».

و ضعفه ظاهر مما سبق.

(۲) نص على ذلك فی الشرائع و القواعد و غيرهما. و يظهر من كلمات بعض: أنه من المسلمات، لعمومات المنع من النظر، و فی مرفوع أحمد ابن أبی عبد اللّه قال: «استأذن ابن أم مكتوم على النبی (ص) و عنده عائشة و حفصة، فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى.

فقال (ص): إن لم يركما فإنكما تريانه» «۱»

، و

المرسل عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول اللّه (ص) و عنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم- و ذلك بعد أن أمر بالحجاب- فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول اللّه:

أ ليس أعمى لا يبصرنا؟ قال: أ فعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه؟!» «۲».

.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۹ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۹ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۴

[(مسألة ۳۹): لا بأس بسماع صوت الأجنبية]

(مسألة ۳۹): لا بأس بسماع صوت الأجنبية (۱)، ما لم يكن تلذذ و لا ريبة (۲)، من غير فرق بين الأعمى و البصير (۳)

---

(۱) و فی الشرائع و القواعد و الإرشاد و التحرير و التلخيص: القول بالحرمة، بل نسب الى المشهور. لما ورد من أن صوتها عورة. و لموثق مسعدة بن صدقة عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: قال أمير المؤمنين (ع): لا تبدأوا النساء بالسلام، و لا تدعوهن الى الطعام، فإن النبی (ص) قال:

النساء عی، و عورة، فاستروا عیهن بالسکوت، و استروا عورتهن بالبیوت» «۱»

، و

فی خبر غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه (ع) أنه قال: «لا تسلم علی المرأة» «۲».

لکن الأول لا مأخذ له یعتد به، فقد قال فی کشف اللثام:

«لا یحضرنی الخبر بکون صوتها عورة مسنداً، و إنما رواه المصنف فی المدنیات الاولی مرسلا، و نفقات المبسوط تعطی العدم». و الآخران قاصرا الدلالة، کما یظهر من التأمل فیهما. و لو سلمت فالسیرة القطعیة علی خلافهما، کما صرح بذلک جمع من الأعاظم. و لذا اختار الجواز العلامة فی التذکرة، و الکرکی، و غیرهما- علی ما حکی. و اختاره فی الجواهر، و شیخنا الأعظم (ره)، و غیرهما من أکابر علماء الأعصار الأخیرة، بل کاد یکون من الواضحات التی لا یحسن الکلام فیها و الاستدلال علیها.

(۲) قطعاً کما فی الجواهر، بإضافة خوف الفتنة، و هو کذلک، لما سبق.

(۳) کما نص علی ذلک فی الجواهر، بل قال: «لا فرق بینهما نصاً، و فتوی». و هو کذلک. و کأن الاقتصار فی الشرائع و القواعد علی ذکر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۳۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹

و إن کان الأحوط الترک فی غیر مقام الضرورة. و یحرم علیها إسماع الصوت الذی فیه تهییج للسامع بتحسینه و ترقیقه. قال تعالی (فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَیَطْمَعَ الَّذِی فِی قَلْبِهِ مَرَضٌ) (۱).

[(مسألة ۴۰): لا یجوز مصافحة الأجنبیة]

(مسألة ۴۰): لا یجوز مصافحة الأجنبیة (۲).

الأعمی لأن ابتلاء النساء إنما یکون به. و أما سماع المرأة صوت الأجنبی فلم یعرف فی جوازه کلام أو إشکال. نعم قال فی المستند: «و من الغریب فتوی اللمعة بحرمته مع أنها تقرب مما یخالف الضرورة، فإن تکلم النبی (ص) و الأئمة و أصحابهم مع النساء مما بلغ حداً لا یکاد یشک فی» «۱»

(۱) صدر الآیة الشریفة (یا نِساءَ النَّبِیِّ لَسْتُنَّ کَأَحَدٍ مِنَ النِّساءِ إِنِ اتَّقَیْتُنَّ فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَیَطْمَعَ الَّذِی فِی قَلْبِهِ مَرَضٌ وَ قُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفاً) «۲»، و ظاهر صدرها أنه حکم یختص بنساء النبی (ص)، فالبناء علی التحریم فی غیرهن غیر ظاهر. و لذا قال فی الجواهر: «ینبغی للمتدینة منهن اجتناب إسماع الصوت الذی فیه تهییج للسامع، و تحسینه، و ترقیقه، کما أومی إلیه اللّه تعالی شأنه بقوله: (فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ ..) کما أنه ینبغی للمتدین ترک سماع صوت الشابة الذی هو مثار الفتنة ..». نعم ارتکاز المتشرعة یقتضی الحرمة.

(۲) للنهی عن ذلک

فی مصحح أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «قلت له: هل یصافح الرجل المرأة لیست بذات محرم؟ فقال: لا. إلا من وراء الثوب» «۳»

، و

موثق سماعة: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن مصافحة الرجل المرأة. قال (ع): لا یحل للرجل

.

(۱) المظنون وقوع الغلط فی نسخه اللمعة: منه قدس سره.

(۲) الأحزاب: ۳۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۱۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱

مستمسک العروة الوثقی، ج‌۱۴، ص: ۵۰

نعم لا بأس بها من وراء الثوب. کما لا بأس بلمس المحارم (۱).

[(مسألة ۴۱): یکره للرجل ابتداء النساء بالسلام]

(مسألة ۴۱): یکره للرجل ابتداء النساء بالسلام،

أن یصافح المرأة. إلا امرأة یحرم علیه أن یتزوجها: أخت أو بنت، أو عمة أو خالة. أو بنت أخت، أو نحوها. و أما المرأة التی یحل له أن یتزوجها فلا یصافحها إلا من وراء الثوب، و لا یغمز کفها» «۱».

و قد یستفاد منهما حرمة لمس الأجنبیة و لو بغیر المصافحة، کما نص علیه جماعة.

و فی الجواهر: «لا أجد فیه خلافاً، بل کأنه ضروری علی وجه یکون محرماً لنفسه». و فی کلام شیخنا الأعظم (ره): «إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً. بل لا إشکال فی حرمة اللمس و إن جاز النظر، للأخبار الکثیرة. و الظاهر أنه مما لا خلاف فیه». و کأنه یرید بالأخبار: أخبار المصافحة المتقدمة، و ما ورد فی کیفیة بیعة النساء للنبی (ص)

«۲». و مورد الجمیع المماسة فی الکفین، فالتعدی عنه لا دلیل علیه إلا ظهور الإجماع.

(۱) من غیر خلاف یعتد به، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه و لو بملاحظة السیرة القطعیة. لکن

فی مرسل محمد بن سالم عن بعض أصحابنا عن الحکم بن مسکین قال: «حدثنی سعیدة و منة أختا محمد بن أبی عمیر قالتا: دخلنا علی أبی عبد اللّه (ع) فقلنا: تعود المرأة أخاها؟ قال:

نعم. قلنا: تصافحه؟ قال (ع): من وراء الثوب ..» «۳»

و لا بد أن یکون محمولا علی الاستحباب.

.

(۱) الوسائل باب: ۱۱۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳، ۴، ۵ و باب: ۱۱۷ حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱۱۶ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱

مستمسک العروة الوثقی، ج‌۱۴، ص: ۵۱

و دعائهن الی الطعام (۱). و تتأکد الکراهة فی الشابة.

[(مسألة ۴۲): یکره الجلوس فی مجلس المرأة]

(مسألة ۴۲): یکره الجلوس فی مجلس المرأة إذا قامت عنه إلا بعد برده (۲).

[(مسألة ۴۳): لا یدخل الولد علی أبیه إذا کانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان]

(مسألة ۴۳): لا یدخل الولد علی أبیه إذا کانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان. و لا بأس بدخول الوالد علی ابنه بغیر إذنه (۳).

---

(۱) لموثق مسعدة بن صدقة المتقدم

«۱» المحمول علی الکراهة بقرینة

مصحح ربعی عن أبی عبد اللّه (ع): «کان رسول اللّه (ص) یسلم علی النساء و یرددن علیه. و کان أمیر المؤمنین (ع) یسلم علی النساء. و کان یکره أن یسلم علی الشابة منهن و یقول: أتخوف أن یعجبنی صوتها فیدخل علی أکثر مما طلبت من الأجر» «۲».

لکن لظهور المصحح فی الاستمرار الظاهر فی الاستحباب یشکل القول بالکراهة، لتعارض النصوص فی ذلک.

و حمل المصحح علی أنه من خواصه (ص)، خلاف الظاهر. و المصحح أرجح سنداً، فأولی بالعمل به. إلا أن یحمل الموثق علی الشابة.

(۲)

فی خبر السکونی عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: قال رسول اللّه (ص): إذا جلست المرأة مجلساً فقامت عنه فلا یجلس فی مجلسها رجل حتی یبرد» «۳».

(۳)

فی صحیح أبی أیوب الخزاز عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: یستأذن الرجل إذا دخل علی أبیه، و لا یستأذن الأب علی الابن» «۴»

.

---

(۱) راجع المسألة: ۳۹ من هذا الفصل.

(۲) الوسائل باب: ۱۳۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۴۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۱۱۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱

[(مسألة ۴۴): یفرق بین الأطفال فی المضاجع إذا بلغوا عشر سنین]

(مسألة ۴۴): یفرق بین الأطفال فی المضاجع إذا بلغوا عشر سنین. و فی روایة: إذا بلغوا ست سنین (۱).

[(مسألة ۴۵): لا یجوز النظر الی العضو المبان من الأجنبی]

(مسألة ۴۵): لا یجوز النظر الی العضو المبان من الأجنبی (۲)

و

فی خبر محمد بن علی الحلبی قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع): الرجل یستأذن علی أبیه؟ فقال: نعم. قد کنت أستأذن علی أبی و لیست أمی عنده إنما هی امرأة أبی، توفیت أمی و أنا غلام، و قد یکون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما علیه و لا یحبان ذلک منی، و

السلام أحسن و أصوب» «۱»

و ظاهره الاستحباب. لکنه ضعیف بأبی جمیلة، فلا یکون قرینة علی صرف غیره عن ظهوره فی الوجوب. ثمَّ إن ظاهر الصحیح الاستئذان بالدخول علی الأب و إن لم تکن معه زوجة، فالتخصیص بذلک غیر ظاهر.

(۱)

فی مصحح عبد اللّه بن میمون عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه:

«قال: قال رسول اللّه (ص): الصبی و الصبی و الصبی، و الصبیة، و الصبیة و الصبیة، یفرق بینهم فی المضاجع لعشر سنین» «۲».

قال فی الفقیه:

«و روی أنه یفرق بین الصبیان فی المضاجع لست سنین» «۳».

و ظاهر الجملة الوجوب. لکن الظاهر بناء الأصحاب علی خلافه.

(۲) کما نص علی ذلک غیر واحد. و فی القواعد: «و العضو المبان کالمتصل علی إشکال». و وجهه: قصور الأدلة عن شمول حال الانفصال و ان مقتضی الاستصحاب المنع. و قد یشکل الاستصحاب بتعدد الموضوع، لأن موضوع المنع المرأة مثلا، و هو غیر صادق فی الجزء المنفصل، فالمرجع أصل البراءة کما فی کلام شیخنا الأعظم (ره). و فیه: أنه یتم إذا کان المرجع فی.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۲۸ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۲۸ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲

مثل الید، و الأنف، و اللسان، و نحوها، لا مثل السن، و الظفر و الشعر، و نحوها (۱).

[(مسألة ۴۶): یجوز وصل شعر الغیر بشعرها]

(مسألة ۴۶): یجوز وصل شعر الغیر بشعرها (۲).

بقاء الموضوع و ارتفاعه الدلیل، لأن موضوع الحکم فی الدلیل هو المرأة مثلا- أما إذا کان المرجع فی بقاء الموضوع العرف فالموضوع باق، فان الاتصال و الانفصال من الحالات الطارئة علی الاجزاء عرفا، لا مقومة للموضوع. و لذا جاز استصحاب النجاسة للجزء المقطوع من الکلب، و الملکیة للجزء المقطوع من المملوک. بل لا ینبغی التأمل فی حرمة النظر للاجزاء المجتمعة بعد تقطیعها.

و قد یستدل علی الجواز بما ورد من جواز وصل الشعر. و فیه:

أنه ناظر الی حکم الوصل، لا الی حکم النظر، و لیس هو من لوازمه کی یکون الاذن فیه إذناً فیه. اللهم إلا أن یکون منصرف نصوص الوصل التزین للزوج، فیکون حکم النظر مسؤولا عنه و لو ضمناً.

(۱) فی کلام شیخنا الأعظم (ره): «لا ینبغی الإشکال فی جواز النظر الی مثل الظفر و السن، بل و کذا الشعر»، و قریب منه ما فی الجواهر. و کأنه لأن مثل هذه الأمور من قبیل النابت فی الجسم لا جزء منه و تحریمها فی حال الاتصال بالتبعیة، و یحتمل أن یکون لأجل أنها یسیرة لا یعتد بها فی بقاء الموضوع. و مثلها قشور الجلد. بل الأجزاء الیسیرة منه و من العظم مما یشک فی بقاء الموضوع فیه.

(۲) للأصل. و

لخبر ثابت بن سعید قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن النساء تجعل فی رؤوسهن القرامل، قال (ع): یصلح الصوف و ما کان من شعر امرأة لنفسها. و کره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۴

و یجوز لزوجها النظر إلیه (۱) علی کراهة، بل الأحوط الترک.

[(مسألة ۴۷): لا تلازم بین جواز النظر و جواز المس]

(مسألة ۴۷): لا تلازم بین جواز النظر و جواز المس (۲)، فلو قلنا بجواز النظر الی الوجه و الکفین من الأجنبیة لا یجوز مسها إلا من وراء الثوب.

[(مسألة ۴۸): إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس]

(مسألة ۴۸): إذا توقف العلاج علی النظر دون اللمس، أو اللمس دون النظر یجب الاقتصار علی ما اضطر الیه (۳)، فلا یجوز الآخر بجوازه.

[(مسألة ۴۹): یکره اختلاط النساء بالرجال]

(مسألة ۴۹): یکره اختلاط النساء بالرجال، إلا للعجائز، و لهن حضور الجمعة و الجماعات (۴).

غیرها، فان وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها فلا یضرها» «۱».

و نحوه خبر سلیمان بن خالد

«۲». (۱) لما عرفت. و العمدة الأصل بعد قصور أدلة الحرمة عن شموله.

و لا مجال للاستصحاب لتبدل الموضوع، فإن حرمة النظر الی الشعر فی حال الاتصال من باب النظر إلی المرأة بتوابعها، لا علی نحو الاستقلال.

(۲) نص علی ذلک فی الجواهر، و کذلک شیخنا الأعظم. و هو کذلک. لکن عرفت الإشکال فی عموم الدلیل. فالعمدة فیه الإجماع.

(۳) لما عرفت من عدم التلازم فی الجواز، و حینئذ تقدر الضرورة بقدرها

(۴)

فی خبر غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: قال أمیر المؤمنین (ع): یا أهل العراق نبئت أن نساءکم یدافعن الرجال فی الطریق أما تستحیون؟!» «۳»

، و

مرسل الکلینی (ره): «ان

.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۰۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۳۲ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵

[(مسألة ۵۰): إذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع]

(مسألة ۵۰): إذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع (۱).
و كذا بالنسبة الى من يجب التستر عنه و من لا يجب، و إن كانت الشبهة غير محصورة أو بدوية: فإن شك في كونه مماثلًا أو لا، أو شك في كونه من المحارم النسبية أو لا ـ فالظاهر وجوب الاجتناب، لأن الظاهر من آية وجوب الغض: أن جواز النظر مشروط بأمر وجودی و هو كونه مماثلا أو من المحارم، فمع الشك يعمل بمقتضى العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، بل لاستفادة شرطية الجواز (۲)

أمير المؤمنين (ع) قال: أ ما تستحيون و لا تغارون على نساءكم يخرجن إلى الأسواق و يزاحمن العلوج؟!» «۱»

، و

خبر محمد بن شريح قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن خروج النساء في العيدين فقال (ع): لا.

إلا العجوز عليها منقلاها. يعني: الخفين» «۲»

، و

موثق يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن خروج النساء في العيدين و الجمعة، فقال (ع): لا إلا امرأة مسنة» «۳».

و المستفاد منها كراهة مزاحمة النساء للرجال في الطرق و الأسواق و نحوها مطلقاً حتى للعجائز، و كراهة خروج النساء للعيدين و الجمعة إلا للعجائز. و هو مخالف لما في المتن.

(۱) للعلم الإجمالي الموجب للاحتياط عقلا. و كذا فيما بعده.

(۲) هذا يتم لو كان دليل حرمة النظر عاماً و قد خرج عنه المماثل بدليل خاص. لكنه غير ظاهر، فان قوله تعالى. (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶

بالمماثلة، أو المحرمية، أو نحو ذلک. فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع، حتى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل المقتضي و المانع (۱). و إذا شک في كونه زوجة أو لا

مِنْ أَبْصٰارِهِمْ ..) «۱»، غير مراد منه العموم للمماثل، بل المفهوم غير المماثل، فموضوع الحرمة خاص، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمر وجودي، و هو المخالف. و بالجملة: إذا لوحظ الأمر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى لغير الإنسان، و إذا لوحظ مناسبة الحكم و الموضوع و قرينة السياق اختص بغير المماثل. اللهم إلا أن يقال: قوله تعالى:

(أَوْ نِسٰائِهِنَّ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُنَّ) يدل على العموم للمماثل و إلا كان الاستثناء منقطعاً. اللهم إلا أن يقال إن الاستثناء كان في إبداء الزينة لا في الغض. فتأمل.

(۱) يعني: أن النظر فيه مقتضى الحرمة، و المماثلة من قبيل المانع، فمع الشك في المانع يرجع الى أصالة عدمه، فيبنى على ثبوت أثر

المقتضی.

أقول: فیه المنع صغری، و کبری. إذ من الجائز أن یکون النظر الی المخالف هو الـذی یکون فیه مقتضـی الحرمـة، لا مطلق النظر. و لو سلم فأصالة عدم المانع إن کان المراد بها قاعدة غیر الاستصحاب، فلا أصل لها، و قد تحقق فی محله عدم صحة قاعدة الاقتضاء. و إن کان المراد بها استصـحاب عدم المانع، یعنی: استصحاب عدم المماثلة، فحجیته مبنیة علی جریان الأصل فی العدم الأزلی. بل لو قلنا به فلا نقول به فی المقام مما کان مورده عرفا من الـذاتیات، مثل الأنوثة و الذکورة. فلا یصح أن یقال: الأصل عدم ذکوریة ما یشک فی ذکوریته و أنوثیته، و لا أصالة عدم أنوثیته، فان الذکورة و الأنوثة معدودة عرفا من الذاتیات الثابتة للذکر و الأنثی.

---

(۱) النور: ۳۰

.....

مع قطع النظر عن وجودهما، مثل إنسانیة الإنسان، و حجریة الحجر.

و ما عن الشهید (ره) من جریان أصالة عدم کون الخنثی امرأة، خلاف ما تقرر من الرجوع الی العرف فی جریان الاستصحاب.

و إن بعض الأعاظم (ره) فی حاشیته علی الکتاب سلک فی المقام مسلکا آخر، فإنه قال: «یدل نفس هذا التعلیق علی إناطة الرخصة و الجواز بإحراز ذلک الأمر، و عـدم جواز الاقتحام عنـد الشک فیه، و یکون من المـدالیل الالتزامیة العرفیة». و فیه: أنه إن کان المراد أن إناطـة الرخصـة بالأمر الوجودی مرجعها إلی إناطـة الرخصـة الواقعیـة بـذلک الأمر الواقعی، و إناطـة الرخصـة الظاهریة بالعلم بوجوده، فیکون المجعول حکمین:

واقعیاً منوطاً بوجود ذلک الأمر واقعاً، و ظاهریا منوطاً بالشک فی وجوده و الأول مـدلول مطابقی، و الثانی مـدلول التزامی عرفی. فهو ممنوع، و لیست إناطـة الرخصـة بشـیء إلا کاناطـة المنع بشـیء لیس المقصود منها إلا جعل حکم واقعی لموضوع واقعی، بل اسـتفادة الحکم الظاهری من دلیل الحکم الواقعی غریبـة. و إن کان المراد أن هنا قاعدة عقلائیة ظاهریة، نظیر أصالة العموم، و أصالة الظهور، و نحوهما. فهو أیضا غیر ثابت، بل ممنوع.

و لأجله یشکل أیضا ما ذکره بعض الأعاظم (ره) فی حاشیته من أنه علیه یبتنی انقلاب الأصل فی النفوس، و الأموال، و الفروج. فان ما ذکره من الوجه لیس له فی کلام الجماعة عین و لا أثر، بل المـذکور فی کلامهم الرجوع الی عموم المنع تمسکا بالعام فی الشـبهة المصداقیـة، لبناء المشـهور منهم علی جواز ذلک. و من لا یجوّز الرجوع منهم الی العموم فی الشـبهة المصداقیة یرجع فی إثبات المنع إلی الأصول الموضوعیة، مثل أصالة عدم الزوجیة، و أصالة عدم إذن المالک، و أصالة عدم السبب الموجب لهدر الدم، و نحو ذلک.

و بالجملة: فلیس مستند الجماعة فی الأصول المذکورة

.....

ما ذکره طاب ثراه، بل إما الرجوع الی العام فی الشـبهة المصداقیـة، و إما الأصول النافیـة موضوعیة أو حکمیة. لکن الأصول المذکورة لیست ثابتـة بنحو العموم، ضـرورة جواز الرجوع الی استصـحاب الزوجیـة الموجب لحلیة الفروج، و کذا أصالة عدم الرضاع المحرم، و نحو ذلـک. کمـا یجوز الرجوع الی استصـحاب الملک، أو إذن المالک، أو نحوهما من الأصول المحللـة للتصـرف فی المال. و یجوز الرجوع الی استصـحاب بقاء الکفر، أو عدم الذمة، أو نحو ذلک مما یجوز قتل الشـخص. فالأصول غالبیة. و المستند فیها أحد الأمرین

المذكورين فلا ابتناء لها عندهم على ما ذكر فى الحاشية.

و المتحصل: أن البناء على تحريم النظر فى الفرض لا يتوجه بهذه الوجوه المذكورة فى المتن، و لا فى الحاشية.

و الذى يظهر بالتأمل فى كلامهم: أن الوجه فيه هو الرجوع الى العام فى الشبهة المصداقية. قال فى التذكرة: «الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر اليه، و لا ـ للخنثى النظر إليه، و لا ـ يجوز للمرأة النظر إليها، و بالعكس. عملا ـ بالاحتياط. و هو قول بعض الشافعية. و قال آخرون منهم بالجواز للرجل، و المرأة، و لها بالنسبة إليهما. استصحاباً لما كان فى الصغر حتى يعلموا خلافه. و ليس بجيد. لعموم الآية»، و نحوه كلام غيره و شيخنا الأعظم (ره) فى رسائله قال: «قد يقال: بجواز نظر كل من الرجل و المرأة إليها (يعنى: الخنثى). لكونها شبهة فى الموضوع، و الأصل الإباحة. و فيه: أن عموم وجوب الغض على المؤمنات إلا ـ عن نسائهن، أو الرجال المذكورين فى الآية، يدل على وجوب الغض عن الخنثى». لكن فى رسالة النكاح فى مقام الرد على جامع المقاصد فى البناء على حرمة النظر الى الخنثى، قال: «و لهذا لا ـ يحرم النظر الى البعيد المردد بين الرجل و المرأة». و ظاهره المفروغية عن جواز النظر فى مفروض المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۹

فيجرى- مضافا الى ما ذكر من رجوعه الى الشك فى الشرط- أصالة عدم حدوث الزوجية. و كذا لو شك فى المحرمية من باب الرضاع. نعم لو شك فى كون المنظور اليه أو للناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب الاحتياط. لانصراف عموم وجوب الغض الى خصوص الإنسان (۱). و إن كان الشك فى كونه بالغاً أو صبياً، أو طفلا ـ مميزاً أو غير مميز، ففى وجوب الاحتياط وجهان. من العموم على الوجه الذى ذكرنا. و من إمكان دعوى الانصراف. و الأظهر: الأول (۲).

[(مسألة ۵۱): يجب على النساء التستر]

(مسألة ۵۱): يجب على النساء التستر (۳) كما يحرم على الرجال النظر. و لا يجب على الرجال التستر (۴) و إن كان يحرم على النساء النظر. نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة

---

(۱) قد عرفت إشكاله.

(۲) هذا خلاف مقتضى الأصل الموضوعى، أعنى: استصحاب الصبا، و عدم التمييز، فإنه لو سلم الرجوع الى العام فى مثل هذه الشبهة الموضوعية، فإنما هو حيث لا يكون أصل موضوعى يثبت عنوان الخاص. و لذا لو شك فى بقاء زوجية المرأة يرجع الى استصحاب زوجيتها، و ترتيب أحكامها، و منها جواز النظر.

(۳) بلا إشكال، و لا خلاف. و يقتضيه قوله تعالى: (وَ لا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ..) «۱».

(۴) يظهر من كلماتهم أنه من القطعيات عند جميع المسلمين. و ينبغى أن يكون كذلك، فقد استقرت السيرة القطعية عليه، بل تمكن دعوى الضرورة عليه.

---

(۱) النور: ۳۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۰

حال النساء (۱). و يجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء فى النظر من باب حرمة الإعانة على الإثم (۲).

[(مسألة ۵۲): هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل و المرأة]

(مسألة ۵۲): هـل المحرم من النظر مـا یکون على وجه یتمکن من التمییز بین الرجـل و المرأة. و أنه العضو الفلانی أو غیره، أو مطلقه؟ فلو رأى الأجنبیـة من بعیـد، بحیث لا ـ یمکنه تمییزهـا و تمییز أعضائهـا، أو لا ـ یمکنه تمییز کونهـا رجلا أو امرأة، بل أو لا یمکنه تمییز کونها إنساناً أو حیواناً أو جماداً

---

(۱) للأمر بسترها فی النصوص الواردة فی آداب التخلی

«۱» و الحمام

«۲». و قد ورد فی تفسیر قوله تعالى (وَ یَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ) «۳» أن المراد حفظها من أن ینظر إلیها

. (۲) التحقیق: أن الإعانـة على الشـیء تتوقف على قصد التسـبب الى ذلک الشـیء بفعل المقدمة، فإذا لم یکن الفاعل للمقدمة قاصداً حصوله لا یکون فعل المقدمة إعانة علیه. فمجرد علم الرجل بأن المرأة تنظر الیه عمداً لا یوجب التستر علیه من باب حرمة الإعانة على الإـثم. مع أن مورد السـیرة على عـدم التستر من ذلـک قطعاً. و من ذلک یشـکل البناء على تحریمه من باب وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر بناء على عمومه للمقام.

بحیث یقتضـی ترک المقدمـة، کی لا ـ یقع غیره فی الحرام. و إن کـان الظاهر عـدم عمومه له، إذ النهی عن المنکر یراد منه الزجر عن المنکر تشـریعاً، بمعنى: إحـداث الداعی إلى الترک، فلا یقتضـی وجوب ترک بعض المقدمات لئلا یقع المنکر، کما لا یقتضـی الأمر بالمعروف فعل بعض المقدمات لیتحقق المعروف. فلاحظ.

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱ من أبواب أحکام الخلوة.

(۲) راجع الوسائل باب: ۳ من أبواب آداب الحمام.

(۳) الوسائل باب: ۱ من آداب الخلوة حدیث: ۳، ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱

هل هو حرام أو لا؟ وجهان. الأحوط: الحرمة (۱).

[فصل فیما یتعلق بأحکام الدخول على الزوجة]

اشارة

فصل فیما یتعلق بأحکام الدخول على الزوجة، و فیه مسائل:

[(مسألة ۱): الأقوى – وفاقاً للمشهور – جواز وطء الزوجة و المملوکة دبراً]

(مسألة ۱): الأقوى – وفاقاً للمشهور – جواز وطء الزوجة و المملوکة دبراً (۲)، على کراهة شدیدة

---

(۱) کما یقتضـیها إطلاق حرمة النظر و وجه الجواز: دعوى انصـرافه الى غیر ذلک. و فی مباحث التخلی قد یظهر من المصنف ترجیح الجـواز بقـوله: «و الـواجب سـتر لـون البشـرة دون الحجم». اللهم إلا ـ أن یکون مراده من لون البشـرة نفس البشـرة، و من الحجم الهیئة الخاصة عند ما تستر بالنورة و نحوها، کما تقدم هناک. و کیف کان فالإطلاق محکم، و الانصراف لا یعتد به.

فصل

فیما یتعلق بأحکام الدخول علی الزوجة

(۲) عن الانتصار، و الخلاف، و الغنیة، و السرائر: الإجماع علیه و فی التذکرة: «ذهب علمائنا إلی کراهة إتیان النساء فی أدبارهن، و أنه لیس بمحرم». و یشهد له جملة من النصوص،

کصحیح علی بن الحکم قال: «سمعت صفوان یقول: قلت للرضا (ع): إن رجلا من موالیک أمرنی أن أسألک عن مسألة، فهابک و استحی منک أن یسألک عنها.

قال (ع): ما هی؟ قال: قلت: الرجل یأتی امرأته فی دبرها قال:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۲

.....

نعم، ذلک له. قلت: و أنت تفعل ذلک. قال (ع): إنا لا نفعل ذلک» «۱»

، و

خبر عبد اللّه بن أبی یعفور: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یأتی المرأة فی دبرها، قال (ع): لا بأس إذا رضیت. قلت: فأین قول اللّه عز و جل (فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَیْثُ أَمَرَکُمُ اللّٰهُ)؟ قال (ع):

هذا فی طلب الولد، فاطلبوا الولد من حیث أمرکم اللّه، إن اللّه عز و جل یقول (نِسٰاؤُکُمْ حَرْثٌ لَکُمْ فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّٰی شِئْتُمْ)» «۲»

، و

خبر حماد بن عثمان: «سألت أبا عبد اللّه (ع)- و أخبرنی من سأله- عن الرجل یأتی المرأة فی ذلک الموضع- و فی البیت جماعة- فقال لی- و رفع صوته-: قال رسول اللّه (ص): من کلّف مملوکه ما لا یطیق فلیعنه.

ثمَّ نظر فی وجه أهل البیت ثمَّ أصغی الی فقال (ع): لا بأس به» «۳».

و نحوها غیرها.

و فی کشف اللثام، و عن القمیین، و ابن حمزة و الشیخ أبی الفتوح الرازی، و الراوندی فی اللباب، و السید أبی المکارم صاحب بلابل القلاقل:

الحرمة، و عن کشف الرموز لتلمیذ المحقق: «و کان فاضل منا شریف یذهب إلیه (یعنی: التحریم) و یدعی أنه سمع ذلک مشافهة عمن قوله حجة». و قد یشهد لهم

مصحح معمر بن خلاد، قال: «قال لی أبو الحسن (ع): أی شیء یقولون فی إتیان النساء فی أعجازهن؟ قلت:

إنه بلغنی أن أهل المدینة لا یرون به بأساً. فقال: إن الیهود کانت تقول:

إذا أتی الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول، فأنزل اللّه عز و جل:

(نِسٰاؤُکُمْ حَرْثٌ لَکُمْ فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّٰی شِئْتُمْ) من خلف أو قدام، خلافاً

.

---

(۱) الوسائل باب: ۷۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۷۳ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۳

.....

لليهود، و لم يعن فى أدبارهن» «۱»

، و

خبر سدير قال: «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: قال رسول اللّه (ص): محاش النساء على أمتى حرام» «۲»

، و

مرسل الصدوق فى الفقيه: «قال رسول اللّه (ص): محاش نساء أمتى على رجال أمتى حرام» «۳».

و نحوها غيرها. لكن الأول إنما يدل على قصور الآية عن الدلالة على الجواز، و لعل أهل المدينة يستدلون بها عليه، فأراد (ع) بيان بطلان استدلالهم، فلا يدل على الحرمة. و أما الثانى: فضعيف السند. و أما غيره من النصوص:

فهو قاصر السند، بل بعضها قاصر الدلالة. و لو سلمت الدلالة فى الجميع، فلا تصلح لمعارضة ما هو نص فى الجواز مما عرفت، بل الجمع بينها يقضى بالحمل على الكراهة.

هذا كله الكلام فى النصوص. و أما فى الآيات: فقد استدل القائلون بالجواز بقوله تعالى (فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنّٰى شِئْتُمْ) «۴»، كما أشير الى ذلك فى مصحح معمر

. و القائلون بالمنع بقوله تعالى «فَإِذٰا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّٰهُ» «۵» كما أشير إليه فى صحيح على بن الحكم المتقدم

. و فى كلا الاستدلالين إشكال، لخفاء الدلالة فى المقامين، و عدم وضوح المقصود بنحو يعول عليه فى إثبات الحكم الشرعى، فإن (أنّى) فى الآية الاولى لا يظهر أن المراد منها المكان، بمعنى الموضع من المرأة، حتى يشمل الدبر، و المنصرف من المكان مكان الفعل، لا الموضع من المرأة.

(۱) الوسائل باب: ۷۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۷۲ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۵.

(۴) البقرة: ۲۲۳.

(۵) البقرة: ۲۲۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۴

بل الأحوط تركه. خصوصاً مع عدم رضاها بذلك (۱).

[(مسألة ۲): قد مر فى باب الحيض الإشكال فى وطء الحائض دبراً]

(مسألة ۲): قد مر فى باب الحيض الإشكال فى وطء الحائض دبراً (۲) و إن قلنا بجوازه فى غير حال الحيض.

[(مسألة ۳): ذكر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً]

(مسألة ۳): ذكر بعض الفقهاء (۳) ممن قال بالجواز:

أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً.

و هو مشكل (۴)

و (مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ) فى الآيـة الثانيـة لاـ يظهر المراد منهـا على وجه تختص بالقبـل، فالاسـتدلال بالآـيتين محـل تأمل و إشـكال بالنظر إليهما. و أما بالنظر الى النصوص فهى متعارضة فى تفسيرها و الجمع العرفى بينها مشكل.

لأن خبر ابن أبى يعفور

ظاهر فى تفسير الآية الأولى مما يقتضى جواز الوطء فى الدبر. و مصحح معمر بن خلاد

ظاهر فى تفسيرها بغير ذلك. و لعل الجمع بينها يقتضى أن الاستدلال بالآية الأولى من باب المجاراة و الإقناع، لا من باب بيان الحقيقة و الواقع. فلاحظ.

(۱) لما تقدم فى خبر عبد اللّه بن أبى يعفور «۱»

. (۲) و تقدم أن ظاهر النصوص الدالة على تحليل ما عدا القبل، أو موضع الدم، أو ذلک الموضع: تحليل الوطء فى الدبر. فراجع.

(۳) المراد به صاحب الجواهر فى مبحث النفقات.

(۴) يكفى فى الاشكال ما فى رواية عبد اللّه بن أبى يعفور المتقدمة

، فإن اعتبار رضاها فى جوازه دليل على أنه ليس من حقوق الزوجية.

و ما دل من النصوص على وجوب إطاعتها الزوج

«۲» لا يخلو من إجمال.

إذ لا يمكن الأخذ به فى كل فعل ضرورة. و ما ورد من كونها لعبة

(۱) راجع أول الفصل.

(۲) راجع الوسائل باب: ۹۱ من أبواب مقدمات النكاح.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۵

لعدم الدليل على وجوب تمكينها فى كل ما هو جائز من أنواع الاستمتاعات، حتى يكون تركه نشوزاً.

[(مسألة ۴): الوطء فى دبر المرأة كالوطء فى قبلها فى وجوب الغسل]

(مسألة ۴): الوطء فى دبر المرأة كـالوطء فى قبلها فى وجوب الغسل (۱)، و العدة، و اسـتقرار المهر، و بطلان الصوم و ثبوت حد الزنا إذا كانت أجنبيـة، و ثبوت مهر المثل إذا وطأها شبهة، و كون المناط فيه دخول الحشـفة أو مقـدارها، و فى حرمـة البنت و الأم، و غير ذلک من أحكام المصاهرة المعلقة على الدخول. نعم فى كفايته فى حصول تحليل المطلقة

الرجل

«۱»، أو ريحانته

«۲»، أو نحو ذلک، غير ظاهر فيما نحن فيه.

و مثله ما ورد من أن من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه فى حاجته و لو كان على ظهر قتب

«۳». (۱) قال فى القواعد: «و هو كالقبل فى جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب و تقرير المسمى، و الحد، و مهر المثل مع فساد العقد، و العـدة، و تحريم المصاهرة، إلا فى التحليل، و الإحصان، و اسـتنطاقها فى النكاح»، و فى كشف اللثام: نسب ذلک الى الشـيخ و كثير. و الوجه فيه: صدق الوطء، و المس، و الدخول، و الإيتاء، و نحوها من العناوين التى أخذت موضوعاً للأحكام المذكورة.

(۱) راجع الوسائل باب: ۸۶ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲، باب: ۷۲ حدیث: ۴، ۱۰.

(۲) راجع الوسائل باب: ۸۷ من أبواب مقدمات النکاح.

(۳) الوسائل باب: ۷۹ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۶

ثلاثا إشکال (۱). کما أن فی کفایة الوطء فی القبل فیه بدون الإنزال أیضاً کذلک، لما ورد فی الاخبار (۲) من اعتبار

(۱) بل منع، کما تقدم عن القواعد، بل عن المبسوط: نفی الخلاف فی ذلک، لنصوص العسیلة التی أشار إلیها فی المتن، و المرأة لا تذوق العسیلة بوطئها فی الدبر، کما نص علی ذلک غیر واحد، و منهم الشیخ فی المبسوط، و استدل له

بقوله (ص): «حتی تذوقی عسیلته و یذوق عسیلتک» «۱».

(۲) قال فی الجواهر: «ظاهرهم الاتفاق علی الاکتفاء بذلک (یعنی الوطء) و إن لم یحصل تکرار منه، و لا إنزال. فإن تمَّ إجماع کان هو الحجة. و إلا فهو محل للنظر، لظهور نصوص ذوق العسیلة فی خلافه، حتی علی تفسیره بلذة الجماع». و المراد من النصوص المشار إلیها

موثق زرارة عن أبی جعفر (ع) فی حدیث قال: «فاذا طلقها ثلاثاً لم تحل له حَتّی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ، فاذا تزوجها غیره، و لم یدخل بها و طلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الأول حتی یذوق الآخر عسیلتها» «۲»

و نحوه روایة أبی حاتم عن أبی عبد اللّٰه (ع)

«۳». و

فی موثق زرعة عن سماعة قال: (سألته عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر، و لم یصل إلیها حتی طلقها تحل للأول؟ قال (ع): لا، حتی یذوق عسیلتها» «۴»

و هی خالیة من التعرض لأن تذوق عسیلته. نعم هو مذکور فی روایة المخالفین، فقد

ذکر فی الحدائق أنه روی غیر واحد منهم: «أنه جاءت

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق ملحق حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۷

ذوق عسیلته و عسیلتها فیه. و کذا فی کفایته فی الوطء الواجب فی أربعة أشهر (۱). و کذا فی کفایته فی حصول الفئة و الرجوع فی الإیلاء (۲) أیضا.

امرأة رفاعة القرظی إلی النبی (ص) فقالت: کنت عند رفاعة فبت طلاقی فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبیر، فطلقنی قبل أن یمسنی، و فی روایة:

و أنا معه مثل هدیة الثوب، فتبسم النبی (ص) و قال: أ تریدین أن ترجعی الی رفاعة؟ لا، حتی تذوقی عسیلته، و یذوق عسیلتک) «۱».

و لعل هذه الروایة هی مرسلة المبسوط المتقدمة. لکن الاستدلال بها علی اعتبار تلذذ المرأة کما تری.

(۱) فقد جزم فی المسالک بعدم کفایته. و کأنه لأن دلیل وجوبه ظاهر فی کونه إرفاقا بالزوجة، بل هو صریحه، و الإرفاق إنما یحصل بالوطء فی القبل، و علیه فاللازم اعتبار کونه علی نحو خاص، لأنه الذی لا تصبر عنه، کما تعرضت له النصوص الآتیة.

(۲) و فی کشف اللثام: «من جهة أن الإیلاء لا یقع إلا به (یعنی: بالقبل) دون الوطء دبراً. فلا حاجة الی استثنائه». و الوجه فی عدم وقوع الإیلاء بالوطء فی الدبر: أن المعتبر فیه وقوعه علی وجه الإضرار بالزوجة، و لا یحصل الإضرار بها بترک وطئها دبراً، و لذا لو حلف علی أن لا یطأ فی دبرها لم یکن مولیا. اللهم إلا أن یقال: ترک الوطء دبراً و إن لم یوجب إضرار بالزوجة من جهة التلذذ، و لکنه إضرار بها من جهة الهجران، فاذا وطأها دبراً فقد انتفی الهجران و الإضرار المقصود منه.

---

(۱) راجع مستدرک الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۵. مع اختلاف یسیر عما فی المتن، کنز العمال الجزء: ۵ حدیث ۳۲۳۱، سنن البیهقی الجزء: ۷ الصفحة ۳۳۳ صحیح البخاری باب: ۳ من کتاب الطلاق حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۸

[(مسألة ۵): إذا حلف علی ترک وطء امرأته فی زمان أو مکان یتحقق الحنث بوطئها دبراً]

(مسألة ۵): إذا حلف علی ترک وطء امرأته فی زمان أو مکان یتحقق الحنث بوطئها دبراً (۱). إلا أن یکون هناک انصراف الی الوطء فی القبل، من حیث کون غرضه عدم انعقاد النطفة.

[(مسألة ۶): یجوز العزل]

(مسألة ۶): یجوز العزل بمعنی: إخراج الآلة عند الانزال و إفراغ المنی خارج الفرج (۲)، فی الأمة (۳)

---

(۱) لأنه نوع من الوطء المنذور ترکه.

(۲) بذلک فسر فی المسالک، و غیرها. و هو ظاهر النصوص الآتیة.

(۳) إجماعا حکاه غیر واحد کما فی الجواهر. و فی الحدائق: «ظاهرهم الاتفاق علیه» و فی المستند: «الظاهر انه لا خلاف فیه». و یشهد له

صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن العزل فقال:

أما الأمة فلا بأس. فأما الحرة فإنی أکره ذلک. إلا أن یشترط علیها حین یتزوجها» «۱».

و

فی صحیحه الآخر عن أبی جعفر (ع) مثل ذلک، و قال فی حدیثه: «إلا أن ترضی، أو یشترط ذلک علیها» «۲»

، و

صحیحه الثالث عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل المسلم یتزوج المجوسیة؟ فقال: لا. و لکن إن کان له أمة مجوسیة فلا بأس أن یطأها و یعزل عنها، و لا یطلب ولدها» «۳»

، و

خبر یعقوب الجعفی قال:

«سـمعت أبـا الحسن (ع) يقول: لاـ بأس بالعزل فی سـتة وجوه: المرأة التی تيقنت أنها لا تلـد. و المسـنة، و المرأة السـليطة، و البذيـة، و المرأة التی لا ترضع ولدها و الأمة» «۴».

(۱) الوسائل باب: ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۹

و إن كانت منكوحـة بعقد الدوام (۱)، و الحرة المتمتع بهـا (۲) و مع إذنها و إن كانت دائمـة (۳)، و مع اشتراط ذلـك عليها فی العقد (۴) و فی الدبر (۵)، و فی حال الاضطرار (۶)، من ضرر، أو نحوه. و فی جوازه فی الحرة المنكوحة بعقد الدوام فی غير ما ذكر قولان، الأقوی ما هو المشهور (۷) من الجواز

(۱) لإطلاق النص. و فی الجواهر: إطلاق النص، و الفتوی، و معقد الإجماع.

(۲) قولاـ واحـداً- كمـا عن جـامع المقاصـد- و إجماعـاً- كما عن غيره- و ليس فی النصوص تعرض لها بالخصوص، فلو قيل بالحرمة يكون المعتمد فی التخصيص: الإجماع.

(۳) كمـا هو المعروف. و يشـهد به صـحيح ابن مسـلم المتقـدم الثـانی، بـل الثـالث أيضـاً. لظهوره فی كونه من حقوق الزوجـة، فيجوز برضاها.

(۴) هذا مما لا إشكال فيه. و يقتضيه الصحيحان السابقان.

(۵) عن الفخر: أن محـل الخلاـف ما إذا كان الوطء فی الفرج، دون الـدبر. و يقتضـيه بعض أدلـة المنع الآتيـة. بل قـد يسـتفاد من خبر الجعفی

. (۶) لعموم ما دل علی حلية ما اضطر اليه

«۱» أو نفی ما اضطروا اليه

«۲». (۷) للنصوص الدالة علی الجواز، مثل

صحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن العزل، فقال: ذاک الی الرجل يصرفه

(۱) راجع الوسائل باب: ۱ من أبواب القيام حديث: ۶، ۷، باب: ۱۲ من أبواب كتاب الايمان حديث: ۱۸، مستدرک الوسائل باب: ۲۴ من أبواب الأمر بالمعروف حديث: ۳

(۲) راجع الوسائل باب: ۵۶ من أبواب جهاد النفس.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۷۰

.....

حيث شاء» «۱»

، و

موثق عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن العزل، فقال: ذاک الی الرجل» «۲»

، و الصحیح

عن عبد الرحمن الحذاء عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: کان علی بن الحسین (ع) لا یری بالعزل بأساً. یقرأ هذه الآیة (وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّکَ مِنْ بَنِی آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّیَّتَهُمْ) «۳» فکل شیء أخذ اللّه منه المیثاق فهو خارج، و إن کان علی صخرة صماء» «۴»

و

موثق محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع) قال: «لا- بأس بالعزل عن المرأة الحرة إن أحب صاحبها و إن کرهت، و لیس لها من الأمر شیء» «۵»

، و

صحیحه: «قلت لأبی جعفر (ع): الرجل یکون تحته الحرة أ یعزل عنها؟ قال: ذاک إلیه إن شاء عزل و إن شاء لم یعزل» «۶».

و عن المقنعة و المبسوط و الخلاف: الحرمة. بل فی الأخیر: الإجماع علیها. و مستنده الإجماع المذکور. و صحیح محمد بن مسلم المتقدم فی الأمة

«۷». و لما روی أن النبی (ص) نهی أن یعزل عن الحرة إلا بإذنها

«۸». و ما روی عنه (ص) أنه قال: «ذلک الوأد الخفی»

[۱]. و مفهوم روایة الجعفی المتقدمة

«۹». مضافاً الی ما فیه من تضییع النسل الذی لأجله

---

[۱] کنز العمال الجزء: ۸ حدیث: ۴۲۴۵، و ینقله عن علی (ع) فی الجزء: ۸ حدیث: ۵۲۰۹ الا أنه قال (ذاک ..).

.

---

(۱) الوسائل باب: ۷۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۳) الأعراف: ۱۷۲.

(۴) الوسائل باب: ۷۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۷۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۶) الوسائل باب: ۷۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۵.

(۷) راجع أول المسألة.

(۸) مستدرک الوسائل باب: ۵۶ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۹) راجع أول المسألة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۱

مع الکراهة (۱). بل یمکن أن یقال: بعدمها، أو أخفیتها فی العجوزة (۲)، و العقیمة، و السلیطة، و البذیئة و التی لا ترضع ولدها. و الأقوى عدم وجوب دیة النطفة علیه (۳) و ان قلنا بالحرمة. و قیل بوجوبها علیه (۴) للزوجة و هی عشرة دنانیر، للخبر للوارد (۵) فیمن أفزع رجلا عن عرسه، فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة: عشرة دنانیر، علیه. لکنه فی

شرع النكاح، و لذا حرم الاستمناء. و فيه: منع الإجماع مع شهرة الخلاف.
و منع ظهور الكراهة في الحرمة. و عدم حجية النبويين. و مفهوم رواية الجعفي
ليس بحجة. و تضييع النسل لا دليل على حرمته كلية، و لذا يجوز ترك التزويج، و ترك الوطء، و كذا الاحتلام. و حرمة الاستمناء لدليل خاص به، فلا يتعدى الى غيره.
(۱) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة
. (۲) لرواية الجعفي المتقدمة
. و ظاهرها عدم الكراهة في الموارد المذكورة، و منها الأمة. و تركها في المتن لأن كلامه في الحرة.
(۳) كما عن المعظم، و المصرح به في كلام غير واحد من الأعاظم، كالمحقق و الشهيد الثانيين، و غيرهم. للأصل مع عدم الدليل عليه. بل ظاهر نصوص جواز العزل عدمه.
(۴) كما عن الشيخ، و القاضي، و أبي الصلاح، و ابني حمزة و زهرة، و الكيدري، و العلامة في القواعد، و الإرشاد، و كاشف اللثام. و لعله ظاهر، الشرائع هنا. لكن نفاه في كتاب الديات.
(۵) في جامع المقاصد:
«روى الشيخ في الصحيح عن يونس عن أبي الحسن (ع): أن علياً (ع) قضى في الرجل يفزع عن عرسه،
مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۲
غير ما نحن فيه، و لا وجه للقياس عليه، مع أنه مع الفارق (۱) و أما عزل المرأة- بمعنى: منعها من الإنزال في فرجها- فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج (۲)، فإنه مناف للتمكين الواجب عليها. بل يمكن وجوب دية النطفة عليها (۳).
هذا و لا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب و غيره، حتى فيما يجب في كل أربعة أشهر (۴).

[(مسألة ۷): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر]

(مسألة ۷): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر (۵)،

فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائة: عشرة دنانير» «۱»
، و
روى في الكافي بأسانيده عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين (ع) قال: «و أفتى (ع) في منى رجل يفزع عن عرسه، فيعزل عنها الماء، و لم يرد ذلك، نصف خمس المائة: عشرة دنانير» «۲».
(۱) لأن الجناية في الخبر من الأجنبي، و في المورد من الوالد، و من المعلوم أن جناية الوالد لا يلحقها حكم جناية الأجنبي.
(۲) كما نص على ذلك في الجواهر لما ذكر.
(۳) كما استظهره في الجواهر ضرورة كونها حينئذ كالمفزع أو أعظم في التفويت إذا كانت قد نحت نفسها عنه عند إنزاله. و إشكاله ظاهر، للفارق المتقدم.
(۴) إلا أن يدعى انصراف دليل وجوبه الى المتعارف، بملاحظة كونه إرفاقا بالزوجة، نظير ما تقدم في الوطء في الدبر. فتأمل.
(۵) في المسالك: أنه موضع وفاق. و يشهد له
مصحح صفوان بن

.

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۹ من أبواب دیات الأعضاء ملحق حدیث: ۱، التهذیب الجزء ۱۰ الصفحهٔ: ۲۸۵ طبعهٔ النجف الحدیثهٔ.

(۲) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب دیات الأعضاء حدیث: ۱

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۴، ص: ۷۳

من غیر فرق بین الدائمهٔ و المتمتع بها (۱)، و لا الشابهٔ و الشائبهٔ علی الأظهر (۲)،

یحیی عن الرضا (ع): «أنه سأله عن الرجل تکون عنده المرأهٔ الشابهٔ، فیمسک عنها الأشهر و السنهٔ لا یقربها لیس یرید الإضرار بها یکون لهم مصیبهٔ یکون فی ذلک آثماً؟ قال (ع): إذا ترکها أربعهٔ أشهر کان آثماً بعد ذلک» «۱».

کذا رواه الصدوق، و الشیخ. و

رواه الشیخ بطریق فیه علی بن أحمد بن أشیم بزیادهٔ: «إلا أن یکون بإذنها» «۲».

(۱) لإطلاق النص. و فی الجواهر: «المتیقن هو الدائم» فلا یجب ذلک فی المنقطع الساقط فیه الإیلاء، و أحکام الزوجیهٔ من النفقهٔ و غیرها.

لأنهن مستأجرات» و فی رسالهٔ شیخنا الأعظم (ره): فیه وجهان. لکن ذلک لا یوجب و هناً فی الإطلاق، فالعمل به لازم. و عدم جریان أحکام الإیلاء لا یقتضی العدم فی المقام، لأنه حکم خاص، و لو کان مبنیاً علی ما نحن فیه لم یکن وجه للکفارهٔ، لبطلان الیمین، کما لا یخفی.

(۲) لإطلاق الفتاوی و معقد الاتفاق. و فی کشف اللثام: «و لم یفرقوا بین الشابهٔ و غیرها»، و عن الریاض: الإجماع علی التعمیم، و نسب فی الجواهر التخصیص الی بعض القاصرین. و کأنه یرید به الکاشانی فی مفاتیحه، و البحرانی فی حدائقه، و الحر فی وسائله، و ظاهر کشف اللثام: التوقف فیه. و هو فی محله. لعدم ثبوت الإجماع المعتد به، لاحتمال أن یکون المستند فیه الصحیح القاصر عن التعمیم، کما عرفت. و الإجماع فی الریاض إنما کان علی التعمیم فی الإیلاء، لا فیما نحن فیه. و أما

حسن حفص عن أبی عبد اللّه (ع): «إذا غاضب الرجل امرأته فلم یقربها من غیر یمین

(۱) الوسائل باب: ۷۱ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۱ من أبواب مقدمات النکاح ملحق حدیث: ۱.

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۴، ص: ۷۴

و الأمهٔ و الحرهٔ (۱)، لإطلاق الخبر. کما أن مقتضاه عدم الفرق بین الحاضر و المسافر (۲)، فی غیر سفر الواجب. و فی کفایهٔ الوطء فی الدبر إشکال کما مر (۳).

أربعهٔ أشهر استعدت علیه، فاما أن یفی و إما أن یطلق، فان کان من غیر مغاضبهٔ أو یمین فلیس بمؤل» «۱»

، و ظاهره أن الاستعداء إنما هو ترک الوطء. لکن مورده المغاضبهٔ، و ظاهره إلحاق المغاضبهٔ بالإیلاء فی الحکم، فلا یکون مما نحن فیه.

(۱) فی الجواهر: «أما الدائمهٔ الأمهٔ فلم أجد فیها تصریحاً من الأصحاب». لکن لا معدل عن العمل بإطلاق النص، المؤید بإطلاق الفتوی.

(۲) فی شمول النص للغائب تأمل. لاحتمال أن یکون المراد من قوله فی السؤال:

«عنده المرأة الشابة»

: أن تکون حاضرة عنده. و ربما تشهد به السیرة. و لذا قید فی کشف اللثام الحکم المذکور بحضور الزوج.

نعم استدل على التعمیم بما

روی عن عمر: أنه سأل نساء أهل المدینة لما أخرج أزواجهن إلى الجهاد، و سمع امرأة تنشد أبیاتاً من جملتها:

فو اللّه لو لا اللّه لا شیء غیره لزلزل من هذا السریر جوانبه

عن أکثر ما تصبر المرأة عن الجماع، فقیل له: أربعة أشهر، فجعل المدة المضروبة للغیبة أربعة أشهر «۲».

لکنه لیس بحجة سنداً، و لا مسنداً الیه، و لا دلالة، إذ من الجائز أن یکون ضرب المدة من الأحکام السیاسیة، لا الشرعیة.

(۳) یعنی: فی المسألة الرابعة.

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب الإیلاء حدیث: ۲.

(۲) راجع کنز العمال الجزء: ۸ حدیث: ۵۲۲۷، ۵۲۳۴. مع اختلاف یسیر.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۵

و کذا فی الإدخال بدون الانزال (۱)، لانصراف الخبر الى للوطء المتعارف (۲) و هو مع الانزال و الظاهر عدم توقف الوجوب على مطالبتها ذلک (۳). و یجوز ترکه مع رضاها، أو اشتراط ذلک حین العقد علیها، و مع عدم التمکن منه (۴)

---

(۱) فی المسالک: «المعتبر من الوطء الواجب ما أوجب الغسل و إن لم ینزل، فی المحل المعهود، فلا یکفی الدبر».

(۲) التعارف لا یوجب وهن الإطلاق، کما هو محرر فی محله. و العمدة فی الانصراف أن الظاهر أن الحکم المذکور إرفاقی بالزوجة، و هو لا یحصل بمجرد الوطء مطلقاً.

(۳) لإطلاق النص و الفتوى لکن الظاهر من النصوص أنه من حقوق الزوجة، بل صریح بعض متون الصحیح المتقدم، و حینئذ یتوقف أداؤه على المطالبة کسائر الحقوق. إلا أن یقال: إن الأصل یقتضی وجوب أداء الحق إلا مع الرضا بالتأخر، لا جواز ترک الأداء إلا مع المطالبة، لأن إبقاء الحق بدون إذن من له الحق تصرف فیه، و هو خلاف السلطنة على الحقوق و الأموال. و لذا نقول: بأن الدائن إذا جهل الدین أو نسیه لا یجوز للمدیون تأخیره، فکذا فی المقام إذا کانت الزوجة لا تدری أن لها حق الوطء، أو جهلت ذلک فلم تطالب، لم یجز للزوج ترک أدائه.

و على هذا یکون عدم توقف الوجوب على مطالبتها من مقتضیات الأصل فیه و فی عموم الحقوق مع قطع النظر عن إطلاق النص. و من ذلک یظهر الوجه فی جواز ترکه مع رضاها. و کذا مع اشتراط ذلک عند العقد.

(۴) فان العجز عذر عقلی فی مخالفة التکلیف. و کذلک الضرر لحدیث نفی الضرر، أو ما دل على حرمة الضرر.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۶

لعدم انتشار العضو، و مع خوف الضرر علیه أو علیها، و مع غیبتها (۱) باختیارها، و مع نشوزها (۲). و لا یجب أزید من الإدخال و الانزال، فلا بأس بترک سائر المقدمات (۳) من الاستمتاعات. و لا یجری الحکم فی المملوکة غیر المزوجة (۴) فیجوز ترک وطئها مطلقاً.

[(مسألة ۸): إذا کانت الزوجة من جهة کثرة میلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر]

(مسألة ۸): إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع فى المعصية إذا لم يواقعها. فالأحوط المبادرة إلى مواقعتها قبل تمام الأربعة (۵)، أو طلاقها و تخلية سبيلها.

---

(۱) لا يتضح الفرق بين غيبتها و غيبته، فان كان يصدق عليه أنه عنده زوجة فى حال سفره، كان الصدق كذلك فى حال سفرها، و إن لم يصدق فى الثانى لم يصدق فى الأول.

(۲) هذا خلاف إطلاق النصوص المتقدم. إلا أن يفهم من الأدلة أن النشوز مسقط لجميع حقوق الزوجة. و يظهر من كلماتهم فى مبحث القسم التسالم عليه.

(۳) للأصل، و قصور النص المتقدم عن إثباته.

(۴) لخروجها عن مورد النص المتقدم. و يتعين الرجوع فيها الى الأصل.

(۵)

للمرسل عن أبى عبد اللّه (ع): «من جمع من النساء ما لا ينكح فزنى منهن شىء فالإثم عليه» «۱».

لكن الاعتماد عليه غير ظاهر.

و لا سيما بملاحظة التحديد فى الصحيح السابق. و لا يجب الأمر بالمعروف على نحو يقتضى وجوب ما يوجب رفع المقتضى لداعى المعصية، فلا يجب أن

---

(۱) الوسائل باب: ۷۱ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۷

[(مسألة ۹): إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع]

(مسألة ۹): إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع من حيض أو نحوه، أو عصياناً لا يجب عليه القضاء (۱) نعم الأحوط ارضائها بوجه من الوجوه، لأن الظاهر أن ذلك حق لها عليه (۲) و قد فوته عليها. ثمَّ اللازم عدم التأخير

يتزوج المرأة التى لو لم يتزوجها زنت، و لا تزويج الرجل الذى لو لا تزوجه زنى، و لا نحو ذلك.

(۱) للأصل. فان قلت: الأصل يقتضى وجوب الوطء، لأن الوجوب كان سابقاً فيستصحب. قلت: لا إشكال فى وجوب الوطء بعد تمام الأربعة أشهر إذا لم يكن وطأ فيها. و إنما الكلام فى وجوبه ثانياً بعنوان القضاء عما فات، و الأصل فيه البراءة، و استصحاب عدمه.

(۲) كأنه يشير إلى قاعدة كلية، و هى: من فوت حق غيره وجب عليه استحلاله. و قد استدل عليها شيخنا الأعظم فى مكاسبه بالأصل، و النصوص، منها ما

رواه الكراجكى عن على بن الحسين (ع) عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «قال رسول اللّه (ص): للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو .. الى أن قال: سمعت رسول اللّه (ص) يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة و يقضى له عليه» «۱».

و نحوه غيره. لكن يشكل الأصل المذكور: بأنه بعد التصرف فى الحق يسقط بذهاب موضوعه، فلا يحتاج فى سقوطه إلى عفو و إرضاء. مثلا إذا كان لأحد حق على آخر أن لا يأكل من طعام، فأكل، عصى و جرى على خلاف الحق، فبطل الحق و سقط.

و لا مجال لأصالة بقائه. نعم إذا احتمل دخله فى رفع العقاب وجب عقلا تحصيله، لكن إطلاق أن التوبة ماحية للذنب. رافع للاحتمال

المذکور.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲۲ من أبواب أحکام العشرة حدیث: ۲۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۸

من وطء الى وطء أزید من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنما هو الوطء المتقدم (۱)، لا حین انقضاء الأربعة المتقدمة.

[فصل فی أحکام الدخول]

اشارة

فصل

[(مسألة ۱): لا یجوز وطء الزوجة قبل إکمال تسع سنین]

(مسألة ۱): لا یجوز وطء الزوجة قبل إکمال تسع سنین (۲)

و أما النصوص المشار إلیها فلا یخلو سندها من إشکال. بل دلالتها أیضاً، لاشتمالها على أمور لا قائل بوجوب البراءة منها، کما اعترف بذلک شیخنا الأعظم (ره) فی مکاسبه فی مباحث حرمة الغیبة. مضافاً الى أن النصوص مرمیة بالهجر و الاعراض، لعدم ذکر مضمونها فی کتاب الکفارات. فلاحظ.

و کأنه لذلک توقف المصنف عن الفتوى فی المقام.

(۱) لأن ظاهر النص إرادة المدة المساویة للأربعة أشهر من حین الوطء، لا الأربعة أشهر المتعینة.

فصل فی أحکام الدخول

(۲) بالنص، و الإجماع کما فی کشف اللثام، و إجماعاً بقسمیه، و نصوصاً، کما فی الجواهر. و

فی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «قال (ع): إذا تزوج الرجل الجاریة و هی صغیرة، فلا یدخل بها حتى یأتی لها تسع سنین» «۱»

، و

فی خبر زرارة عن أبی جعفر (ع): «قال: لا یدخل

---

(۱) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۷۹

جرة کانت أو أمة، دواماً کان النکاح أو متعة (۱). بل لا یجوز وطء المملوکة (۲) و المحللة کذلک. و أما الاستمتاع بما

بالجاریة حتى یأتی لها تسع سنین، أو عشر سنین» «۱»

، و نحوه خبر أبی بصیر عن أبی جعفر (ع)

«۲». و التخییر فیهما بین الأقل و الأکثر یستوجب حمل الأکثر عرفاً على الاستحباب. و أما

خبر غیاث بن إبراهیم عن جعفر (ع) عن أبیه (ع) عن علی (ع): «قال: لا توطأ جاریة لأقل من عشر سنین، فان فعل فعیبت فقد ضمن»

«۳».

فشاذ مهجور، یجب حمل صدره على الاستحباب، بقرینة ما سبق، إن أمکن، و إلا طرح.

(۱) إجماعاً- أیضاً- بقسمیه، کما فی الجواهر. و یقتضیه إطلاق النصوص المتقدمة.

(۲) کما صرح به جماعة. و فی الجواهر: حکایة الإجماع علیه عن التنقیح و محکی النهایة و الکفایة و ظاهر المجمع. و یقتضیه إطلاق الخبرین الأخیرین المتقدمین. و أما ما

فی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «أنه قال فی رجل ابتاع جاریة و لم تطمث، قال (ع): إن کانت صغیرة لا یتخوف علیها الحبل فلیس علیها عدة، و لیطأها إن شاء. و إن کانت قد بلغت و لم تطمث فان علیها العدة» «۴»

، و

صحیح ابن أبی یعفور عن أبی عبد اللّه (ع): «فی الجاریة التی لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال (ع): لیس علیها عدة، یقع علیها» «۵»

، و نحوهما

---

(۱) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات النکاح حدیث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۳ من أبواب نکاح العبید حدیث: ۱.

(۵) الوسائل باب: ۳ من أبواب نکاح العبید حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۸۰

عدا الوطء من النظر و اللمس بشهوة و الضم و التفخیذ، فجائز فی الجمیع (۱)، و لو فی الرضیعة.

[(مسألة ۲): إذا تزوج صغیرة دواماً أو متعة]

(مسألة ۲): إذا تزوج صغیرة دواماً أو متعة، و دخل بها قبل إکمال تسع سنین فأفضاها. حرمت علیه أبداً على المشهور (۲).

غیرهما و هی و إن کانت واردة فی الجواز من حیث الاستبراء و عدمه، لکنها ظاهرة فی المفروغیة عن الجواز فی الصغیرة، فیقید بها إطلاق ما سبق.

لکن من القریب حمل الصغیرة فیها على معنى: ما لا- یتخوف علیها الحبل، جمعاً بینها و بین الإطلاق المتقدم. و إن کان الإنصاف یقتضی البناء على المعارضة بین الإطلاقین، فیرجع الى الأصل فی مورد المعارضة. و لا وجه لتعین إطلاق هذه النصوص للتصرف، و لا سیما بعد ملاحظة

روایة محمد بن إسماعیل بن بزیع المرویة فی عیون الاخبار. عن الرضا (ع): «فی حد الجاریة الصغیرة السن الذی إذا لم تبلغه لم یکن على الرجل استبراؤها.

قال (ع): إذا لم تبلغ استبرأت بشهر، قلت: و إن کانت ابنة سبع سنین أو نحوها مما لا تحمل. فقال: هی صغیرة، و لا یضرک أن لا تستبرأها، فقلت: ما بینها و بین تسع، فقال (ع): نعم تسع سنین» «۱».

اللهم إلا أن یقال: لا مجال للعمل بها بعد ما عرفت من حکایة الإجماع على خلافها.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، ص: ۸۰

(۱) کما نص علی ذلک فی الجواهر. للأصل السالم عن المعارضة.

(۲) بل إجماعاً محکیاً صریحاً عن الإیضاح و التنقیح و کنز الفوائد، و غایة المرام، و ظاهراً فی المسالک و محکی کشف الرموز و المقتصر و المهذب البارع بل و السرائر إن لم یکن محصلا. کذا فی الجواهر. و استدل له.

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب نکاح العبید حدیث: ۱۱

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص: ۸۱

.....

بخبر یعقوب بن یزید عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه (ع):

«قال (ع): إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین فرق بینهما، و لم تحل له أبداً» «۱».

و فیه: أنه لا مجال للاعتماد علیه مع ضعف سنده، و شموله لصورة عدم الإفضاء، و دلالته علی انتفاء الزوجیة بمجرد الوطء، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجیة مع الإفضاء، فضلا عن صورة عدمه،

کخبر برید بن معاویة عن أبی جعفر (ع): «فی رجل افتض جاریة- یعنی: امرأته- فأفضاها، قال (ع): علیه الدیة إن کان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین. قال: و إن أمسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه. و إن کان دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه، إن شاء أمسک، و ان شاء طلق» «۲»

، و

صحیح حمران عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سئل عن رجل تزوج جاریة بکراً لم تدرک، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، فقال: إن کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه، و إن کانت لم تبلغ تسع سنین أو کان لها أقل من ذلک بقلیل حین افتضها فإنه قد أفسدها و عطلها علی الأزواج، فعلی الامام أن یغرمه دیتها، و ان أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلا شیء علیه» «۳».

و لأجل ذلک قال فی کشف اللثام: «و لم نظفر بخبر یدل علی التحریم بالإفضاء. و ما دل علی التحریم بالدخول قبل التسع ضعیف مرسل. فالأقرب- وفاقاً للنزهة- الحل». و فی الجواهر: أنه لا یخلو من قوة. اللهم إلا أن یقال: ضعف السند منجبر بعمل الأصحاب به. و النصوص الدالة علی بقاء الزوجیة مع الإفضاء ربما تنافی فتوی المشهور بالتحریم، فقد قیل: إن التحریم المؤبد

---

(۱) الوسائل باب: ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص: ۸۲

و هو الأحوط و إن لم تخرج عن زوجیته (۱). و قیل بخروجها عن الزوجیة أیضا (۲). بل الأحوط حرمتها علیه بمجرد الدخول (۳) و إن لم یفضها. و لکن الأقوی بقاؤها علی الزوجیة و إن کانت مفضاة (۴) و عدم حرمتها علیه أیضا، خصوصاً

ینافی مقتضی النکاح. أو هی مخالفة للمشهور من ثبوت الدیة مطلقاً و إن أمسکها. فإذاً لا مجال للاعتماد علیها. فلم یبق إلا عموم المرسل، و یمکن تقییده بصورة الإفضاء، لظهور الإجماع علی عدم التحریم بدونه. لکن یشکل ذلک: بأن الفتوی هی أن التحریم یستند إلی الإفضاء، و المرسل ظاهر فی أنه یستند الی الدخول، فتکون الفتوی أجنبیة عن المرسل، لا مقیدة له، لأن الإفضاء من مقارنات الدخول، لا من حالاته. فحمل المرسل علی مضمون الفتوی تصرف فیه بنحو آخر غیر التقیید بعیداً جداً. و لعله الی ذلک أشار فی الجواهر بقوله: «إنه لا یورث الفقیه ظناً». و بالجملة:

الاستدلال علی فتوی المشهور بالمرسل بعید عن السلیقة العرفیة. فلاحظ.

(۱) کما فی الشرائع، و عن السرائر، و الجامع، و غیرها. و فی کشف اللثام: أنه الأقوی لصحیحة حمران

و روایة برید

المتقدمتین، المصرحتین بذلک.

(۲) لأن التحریم المؤبد ینافی مقتضی النکاح، إذ ثمرته حل الاستمتاع.

و لما تقدم من مرسل یعقوب بن یزید

، الصریح فی انتفاء الزوجیة بمجرد الدخول، فضلا عن الإفضاء، أو بعد حمله علی الإفضاء. و لکن المرسل قد عرفت إشکاله، فلا معدل عن العمل بغیره.

(۳) فقد نسب ذلک الی الشیخین فی المقنعة و النهایة و الی ابن إدریس.

و یشهد له المرسل المتقدم. لکن فی صلاحیته لذلک تأمل، لعدم ثبوت الفتوی المذکورة، فضلا عن صلاحیتها لجبر المرسل

. (۴) عملا بالنصوص المتقدمة من دون معارض ظاهر. مضافاً الی

إذا کان جاهلا (۱) بالموضوع أو الحکم، أو کان صغیراً، أو مجنونا، أو کان بعد اندمال جرحها (۲)، أو طلقها ثمَّ عقد علیها جدیداً. نعم یجب علیه دیة الإفضاء و هی دیة النفس (۳) ففی الحرة نصف دیة الرجل و فی الأمة أقل الأمرین من قیمتها و دیة الحرة. و ظاهر المشهور: ثبوت الدیة مطلقاً و إن أمسکها

أنه مقتضی الأصل، و لیس ما یوجب الخروج عنه إلا المرسل الذی لم تثبت حجیته. و لأجل ذلک یتعین القول بعدم حرمتها علیه، لما ذکر.

(۱) فقد حکی فی الجواهر عن تصریح بعضهم، و ظاهر کثیر: عدم التحریم فی ذلک، حیث رتبوا الحکم علی الوطء المحرم، و لما فی کلام جماعة من تعلیل التحریم بأنه عقوبة، و هی إنما تترتب علی الحرام دون المباح.

لکن إطلاق الدلیل علی التحریم- لو تمَّ- لا یخل به مثل ذلک. و الانصراف و التعلیل ممنوعان.

(۲) اقتصاراً فی التحریم علی المتیقن، و هو غیر هذا الفرد. و لکن ظاهر فتوی الأصحاب العموم له، عملا بالاستصحاب. و لذلک حکی القطع به عن الصیمری فی غایة المرام، و عن السیوری: أنه أولی الوجهین.

و أما ما ذکر من الاقتصار علی القدر المتیقن فلا یجدی فی الحل بعد جریان استصحاب التحریم. اللهم إلا أن یشک فی ثبوت التحریم من أول الأمر، فیبنی علی الحل من الأول. و لکنه غیر محل الکلام کما لا یخفی.

و کذا الکلام بناء علی البینونة. فالعمدة حینئذ ملاحظة دلیل الحرمة. فإن کان هو المرسل فمقتضاه بقاء الحرمة، و لو بالاستصحاب. و مثله الکلام فیما لو طلقها ثمَّ عقد علیها جدیداً. فان مقتضی الاستصحاب أیضاً بطلان العقد، إلا أن یکون الشک فی الحرمة من أول

الأمر.

(۳) على ما ذكروه فى كتاب الديات. فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۸۴

و لم يطلقها. الا أن مقتضى حسنة حمران

و خبر بريد

المثبتين لها (۱) عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها. و الأحوط ما ذكره المشهور. و يجب عليه أيضا نفقتها ما دامت حية (۲) و إن

(۱) المتقدمين آنفاً. و عن ابن الجنيد: الفتوى بمضمونهما و لعله اعتماداً منه عليهما. لكن فى الجواهر: «يجب حملهما على سقوطها صلحاً، بأن تختار المقام معه بدلا عن الدية، فإن الدية قد لزمته بالإفضاء بدلالة النص و الفتوى، فلا تسقط مجاناً من غير عوض. لأنه لو لم يحمل على الصلح فاما أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الإمساك، أو بنفس الإمساك المستمر الى الموت بأن تسقط الدية به، أو يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت فإن أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الإمساك، أو عدم ثبوت الدية بالإفضاء. و اللوازم- خصوصاً بعضها- فى غاية البعد».

و الاشكال عليه ظاهر، فإنه أشبه بالاجتهاد فى مقابل النص. نعم يمكن الإشكال: بأن النصوص مهجورة عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها.

و الدية و إن لم يصرح بلفظها فى غير الخبرين، لكن دل عليها جملة من الروايات، منها خبر غياث المتقدم فى أول الفصل

، و منها

صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع): «من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب، فهو ضامن» «۱».

و نحوهما غيرهما.

(۲) بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل قد حكى الإجماع عليه جماعة، كما فى الجواهر: و يشهد له

صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع): «سألته عن رجل تزوج جارية فوقع عليها فأفضاها، قال (ع): عليه الاجراء عليها ما دامت حية» «۲».

و عن الإسكافى: سقوطها بالطلاق. و وجهه غير

---

(۱) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۳۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۸۵

طلقها، بل و ان تزوجت بعد الطلاق (۱) على الأحوط.

[(مسألة ۳): لا فرق فى الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون فى القبل أو الدبر]

(مسألة ۳): لا فرق فى الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون فى القبل أو الدبر (۲). و الإفضاء أعم من أن يكون (۳) باتحاد مسلكى البول و الحيض، أو مسلكى الحيض

ظاهر فى مقابل الإطلاق، و لا سيما مع دعوى الإجماع على خلافه.

(۱) كما هو المشهور. و عن ابن فهد و الصيمرى و ابن قطان و الإيضاح و الروضة: تقييد الحكم بما إذا لم تتزوج بغيره. و فى القواعد:

«على إشكال» لزوال الزوجية التى هى علة الوجوب. و لزوال التعليل على الأزواج.

و لأنها واجبة على الثانى، فلا تجب على الأول. و فيه: أن ظاهر صحيح الحلبى

أن علة الوجوب الإفضاء، لا الزوجية و منه يظهر الإشكال فى الأخير. و أما التعطيل على الأزواج فإنما ذكر فى صحيح حمران

«۱». علة للدية، لا للنفقة، فلا يكون انتفاؤه موجباً لانتفائها.

(۲) لإطلاق النص، و الفتوى.

(۳) قد اختلفت الكلمات فى تفسير الإفضاء. قال فى القواعد:

«و هو- يعنى: الإفضاء- صيرورة مسلك البول و الحيض واحداً. أو مسلك الحيض و الغائط واحداً، على رأى». و ظاهر مجمع البحرين: أنه جعل مسلك البول و الغائط واحداً. و نحوه عن كشف الرموز، فيكون قولا ثالثاً. و فى الشرائع فى مبحث العيوب و غيرها تفسيره بجعل مسلكيها مسلكاً واحداً. و الظاهر منه القول الثانى. هذا و لا ريب فى أن الأقوال المذكورة متقابلة مفهوماً. إنما الإشكال فى أن الاحكام السابقة هل تختص بأحد هذه المعانى؟ و حينئذ يحتاج فى تعيينه الى دليل. أو أنها عامة للجميع. ظاهر المشهور أن موضوع الاحكام المعنى الأول. و عن

---

(۱) تقدم فى أول المسألة.

و الغائط، أو اتحاد الجميع. و إن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأول.

[(مسألة ۴): لا يلحق بالزوجة فى الحرمة الأبدية]

(مسألة ۴): لا يلحق بالزوجة فى الحرمة الأبدية (۱)

صريح كلام العلامة فى جملة من كتبه، و غيره أن موضوع الاحكام الجامع بين المعنيين. قال فى الجواهر بعد نقل كلمات الفقهاء و أهل اللغة فى تفسير الإفضاء: «و كيف كان فكلام الفقهاء و أهل اللغة متفق على أن إفضاء المرأة شىء خاص. لا أن المراد به مطلق الوصل، أو التوسعة، أو الشق، أو الخلط، كى تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك، كما هو مبنى كلام العلامة و من تابعه. و وجود معنى المطلق فى ذلك الخاص لا يقتضى كون المراد المطلق و أن ذكر الخاص من باب المثال .. الى أن قال:

نعم يبقى الكلام فى تعيينه من بين الافراد التى سمعتها أقوالًا، أو احتمالا.

و لا- ريب فى أن المظنون منها ما هو المشهور، للشهرة، و الإجماع المنقول، و تعارف الوقوع، و غير ذلك ..». و ما ذكره (ره) فى محله، لأن الجامع بين الافراد ليس من معانى الإفضاء، كى يحمل عليه الكلام. و حمله على المعنى اللغوى يقتضى ثبوت الاحكام له و إن كان بنحو آخر غير الأنحاء المذكورة، و لا يظن القول به من أحد. و عليه يتعين حمله على المشهور.

لحصول الوثوق بصحته، الموجب للترجيح، كما تحقق ذلك فى مبحث الأخذ بقول اللغوى.

(۱) لخروجها عن مورد النصوص، و هو الزوجة الصغيرة المفضاة بالوطء. كما نص على ذلك فى الجواهر. و حينئذ يتعين الرجوع فى غيرها الى القواعد المقتضية للعدم. و عن العلامة و ولده: تحريم الأجنبية. و عن غيرهما: تحريم الأجنبية و الأمة. و كأن الوجه فى الأخير استفادة عدم الخصوصية من مورد النص. و فى الأول الأولوية، لأن الإثم فى الأجنبية أشد. أو لأن الزوجية ليست سبباً فى الحرمة، لأنها سبب الحل، فلا تكون

- علی القول بها- و وجوب النفقـة المملوکـة و المحللة و الموطوءة بشـبهة أو زنا و لا الزوجة الکبیرة. نعم تثبت الدیة فی الجمیع (۱)- عدا الزوجة الکبیرة (۲)- إذا أفضاها بالدخول بها (۳)، حتی فی الزنا، و إن کانت عالمة مطاوعة (۴) و کانت کبیرة.

و کذا لا یلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع (۵) و نحوه، فلا

سبباً لضده، بل السبب الصغر و الإفضاء، و المفروض حصولهما فی الأجنبیة.

و هو کما تری.

(۱) کما فی الجواهر حاکیاً عن بعضهم التصریح به،

لصحیح سلیمان ابن خالـد قـال: «سألت أبا عبـد اللّه (ع) عن رجل کسـر بعصوصه، فلم یملک استه، ما فیه من الدیـة؟ فقال (ع): دیة کاملة. و سألته عن رجل وقع بجاریة فأفضاها و کانت إذا نزلت بتلک المنزلة لم تلد، فقال (ع):

الدیة کاملة» «۱»

، و لما

رواه فی الفقیه بإسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین (ع): أنه (ع) قضی فی امرأة أفضیت بالدیة «۲».

(۲) لما سبق من صحیح حمران

و خبر برید

«۳»، المعتضد بإجماع الخلاف. و عن الحلبیین: إطلاق لزوم الدیة فی الإفضاء. و هو ضعیف.

(۳) قید للمستثنی منه.

(۴) لإطلاق الصحیح

، کما نص علی ذلک کله فی الجواهر.

(۵) کما نص علیه فی الجواهر، و یظهر منه التسالم علیه. لخروجه عن مورد النص.

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب دیات المنافع حدیث: ۱.

(۲) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۴ صفحة: ۱۱۱ طبعة النجف الحدیثة، الوسائل باب: ۲۶ من أبواب دیات الأعضاء حدیث: ۱.

(۳) راجع أول المسألة: ۲ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۸۸

تحرم علیه مؤبدا. نعم تثبت فیه الدیة (۱).

[(مسألة ۵): إذا دخل بزوجته بعد إکمال التسع فأفضاها]

(مسألة ۵): إذا دخـل بزوجته بعـد إکمـال التسع فأفضاها لم تحرم علیه و لا تثبت الدیـة کما مر. و لکن الأحوط الإنفاق علیها ما دامت حیة (۲).

[(مسألة ۶): إذا کان المفضی صغیراً أو مجنوناً]

(مسألة ۶): إذا کان المفضـی صغیراً أو مجنوناً ففی کون الدیة علیهما أو علی عاقلتهما إشکال (۳)، و ان کان الوجه الثانی لا یخلو عن قوة.

[(مسألة ۷): إذا حصل بالدخول قبل التسع عیب آخر غیر الإفضاء ضمن أرشه]

(مسألة ۷): إذا حصل بالدخول قبل التسع عیب آخر غیر الإفضاء ضمن أرشه. و کذا إذا حصل مع الإفضاء عیب آخر یوجب الأرش أو الدیة ضمنه مع دیة الإفضاء.

---

(۱) لأنها من أحکام الجنایة.

(۲) کما قد یستظهر من محکی الخلاف، لإطلاق صحیح الحلبی المتقدم

«۱» فی الإنفاق علی المفضاة. لکن فی الجواهر: «المشهور بین الأصحاب شهرة عظیمة کادت تکون إجماعاً علی اختصاص الصغیرة بذلک».

بل ظاهر الخلاف الإجماع علی ذلک. و لعل وجهه إطلاق ما فی صحیح حمران و خبر برید من قوله (ع): «لا شیء علیه»

، فإنه شامل للنفقة و الدیة معاً. لکن یشکل ذلک بمعارضتهما بصحیح الحلبی، فإنه کما یمکن تقییده بالصغیرة یمکن تقییدهما بالدیة. بل الثانی هو المتعین لثبوت النفقة فی الکبیرة ما دامت فی حباله. و حینئذ لا یکونان متعرضین لها، فلا مانع حینئذ من الأخذ بإطلاق صحیح الحلبی

. (۳) ینشأ من إطلاق النصوص أن علیه الدیة. و من إطلاق ما دل

---

(۱) راجع آخر المسألة: ۲ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۸۹

[(مسألة ۸): إذا شک فی إکمالها تسع سنین]

(مسألة ۸): إذا شک فی إکمالها تسع سنین لا یجوز

علی أن عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة

«۱». لکن العمل علی الثانی متعین، لحکومته علی الأول. نعم فی الشرائع فی کتاب الدیات: «أن دیة الإفضاء فی مال المفضی، لأن الجنایة إما عمد أو شبه عمد». و مثله ما عن المبسوط، بل قال فی محکیه: «و أحال بعضهم أن یتصور فی الإفضاء خطأ محض».

لکن قال فی الجواهر بعد حکایة ذلک: «قد یتصور فی الصغیر، و المجنون، و النائم، بل و فیما لو کان له زوجة قد وطأها و یعلم أن وطأها لا یفضیها، فأصاب علی فراشه امرأة فأفضاها، و یعتقدها زوجته، فإنه أیضاً خطأ محض»، و الفرض الأخیر حکاه فی کشف اللثام عن بعض المتأخرین. و کأن الوجه فی تأمل المصنف فی الحکم المذکور: أن الظاهر من

قوله (ع): «عمد الصبی و خطؤه واحد» «۲»

الاختصاص بما إذا کان المورد موضوع حکمین، أحدهما فی حال العمد، و الآخر فی حال الخطأ، مثل ما ورد فی قتل العمد و قتل الخطأ، و لا یشمل المورد الذی کان الدلیل فیه للجامع بین العمد و الخطأ، مثل المقام، و نحو قاعدة من أتلف مال غیره فهو له ضامن، و کذا الضمان بالید مما لم یکن العمد فیه قد أخذ موضوعاً للضمان. و فیه: أن ذلک مسلم فی مثل الحدیث الشریف، لا فی مثل ما فی صحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «کان أمیر المؤمنین یجعل جنایة المعتوه علی عاقلته خطأ کان أو عمداً» «۳».

نعم لم أقف علی مثل ذلک فی الصبی.

و بالجملة: فالإشكال يتم إذا لم يستفد من الأدلة ما يقضى بالتفصيل بين العمد و الخطأ.

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۸ من أبواب العاقلة حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب العاقلة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب العاقلة حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۰

له وطؤها، لاستصحاب الحرمة السابقة (۱). فإن وطأها مع ذلك فأفضاها و لم يعلم بعد ذلك أيضا كونها حال الوطء بالغة أو لا لم تحرم أبداً و لو على القول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع (۲) و الأصل لا يثبت ذلك. نعم يجب عليه الدية (۳)

---

(۱) أو لاستصحاب الموضوع، و هو عدم البلوغ، لأن موضوع الحرمة ما لم يأت لها تسع سنين، و هو عدمی.

(۲) فإن الرواية الدالة على الحرمة الأبدية قد جعل موضوعها الوطء قبل التسع، و القبلية صفة وجودية لا يمكن إحرازها بالأصل، بل الأصل عدمها، فينتفى به كونها قبل التسع، و لذلک تنتفى الحرمة الأبدية، لأن موضوعها الموطوءة قبل التسع و هو منتف. و فيه: أن المراد من كونها قبل التسع: أنها لم تبلغ التسع، لا أن يكون بعدها تسع، کی يكون وجودياً. و إلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشک فی بلوغها التسع بعد ذلک، لعدم إحراز القيد الوجودی المذکور. و هو کما تری. و بالجملة:

لا ينبغی التأمل فی كون القيد المذکور عدمياً فيثبت بالأصل.

(۳) لأن موضوعها فی صحيح حمران المتقدم

«۱» من لم تبلغ التسع، فيمكن إثباته بالأصل. و يشكل بأن المذکور فی خبر بريد

: أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين. فاذا كان الوصف المذکور وجودياً- حسبما ذكره سابقاً- كان مقيداً لإطلاق صحيح حمران

. فاذا لم يمكن إثباته بالأصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية.

---

(۱) راجع أول المسألة: ۲ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۱

و النفقة عليها ما دامت حية (۱).

[(مسألة ۹): يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة]

(مسألة ۹): يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة (۲) من حرمة الخامسة، و حرمة الأخت و اعتبار الاذن فی نكاح بنت الأخ و الأخت، و سائر الاحكام، و لو على القول بالحرمة الأبدية، بل يلحق به الولد (۳) و إن قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض.

[(مسألة ۱۰): فی سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال]

(مسألة ۱۰): فی سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال لاحتمال كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة (۴)، و لذا تثبت بعد الطلاق، بل بعد التزويج بالغير. و كذا فی تقدمها على نفقة الأقارب (۵).

(۱) کأنه لعموم صحیح الحلبی المتقدم

«۱»، و الکبیرة- علی تقدیر خروجها عنه- یکون خروجها بالإجماع، و هو مخصص لبی. فمع الشک من جهة الشبهة الموضوعیة یرجع الی العموم.

(۲) کما نص علی ذلک و علی أنه لا- إشکال فی التوارث بینهما فی الجواهر، بناء علی بقائها علی الزوجیة، کما تقدم. و الوجه فیه عموم أدلة الأحکام المذکورة.

(۳) کما فی الجواهر، لقاعدة الفراش.

(۴) الذی یقتضیه إطلاق النص هو ثبوت النفقة فی حال النشوز، و إن کانت من قبیل نفقة الزوجیة، فإنه لا مانع من أن یکون الإفضاء موجباً لاستمرارها حتی فی حال النشوز. فیتعین العمل بإطلاق النص

(۵) یعنی: أنه أیضاً محل إشکال. لأن الوجه فی تقدیم نفقة الزوجة

(۱) راجع آخر المسألة: ۲ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۲

و ظاهر المشهور أنها کما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج (۱) أیضا. لکن یحتمل بعیداً عدم سقوطها بموته.

و الظاهر عدم سقوطها بعدم تمکنه، فتصیر دیناً علیه. و یحتمل بعیداً سقوطها. و کذا تصیر دیناً إذا امتنع من دفعها مع تمکنه، إذ کونها حکماً تکلیفیاً صرفاً بعید. هذا بالنسبة الی ما بعد الطلاق، و إلا فما دامت فی حباله الظاهر أن حکمها حکم الزوجة.

الإجماع، و هو غیر حاصل فی المقام. و أما مجرد کونها دیناً مالیاً فلا یکفی فی وجوب التقدیم، و لذا لا یقدم الدین علی نفقة الأقارب، بل نفقة الزوجة إذا صارت دیناً بالفوات لا تقدم علی نفقة الأقارب.

(۱) کما نص علی ذلک فی الجواهر، و قال: «کما هو واضح»، و لم یستدل علیه بشیء. و کأن وجهه: أن التعبیر بالإجراء فی الصحیح ظاهر فی أن اشتغال الذمة به تدریجی، فیختص بحال الحیاة، لا أنه تشتغل الذمة بتمام النفقة مدة العمر کی تکون کسائر الدیون تتعلق بترکته.

و إلا لزم ثبوت أمرین علیه: نفقة الزوجیة تدریجاً، و نفقة الإفضاء دفعة، و لا یظن الالتزام به، فان ظاهر الصحیح تشریع استمرار الإنفاق ما دامت حیة، لا تشریع أصل الإنفاق مضافاً الی تشریع نفقة الزوجیة بحیث تکون علیه نفقتان. و لذلک جعل المصنف (ره) احتمال عدم السقوط بموته بعیداً. و بالجملة: الظاهر من الصحیح الحکم باستمرار نفقة الزوجیة ما دامت حیة، فیکون لها ما لنفقة الزوجیة من الأحکام، و منها السقوط بالموت، و عدم السقوط بعدم التمکن، و تکون دیناً علیه. و کذا إذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته. نعم السقوط بالنشوز و إن کان من أحکام نفقة الزوجیة لا یثبت فی المقام، لظهور الصحیح فی الاستمرار المنافی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۳

[فصل لا یجوز فی العقد الدائم الزیادة علی الأربع]

اشارة

فصل لا یجوز فی العقد الدائم الزیادة علی الأربع (۱) للسقوط. و السقوط بالموت من باب عدم الثبوت، لا من باب السقوط، فلا یقاس

علی السقوط بالنشوز. و من ذلک یظهر الوجه فی قول المصنف:

«إذ کونها حکماً تکلیفیاً صرفاً بعید». و کذا ما ذکره بقوله: «الظاهر أن حکمها حکم الزوجة».

فصل

---

(۱) إجماعاً، بل حکی غیر واحد علیه إجماع المسلمین. قال فی المسالک: «لا خلاف فی ذلک بین علماء الإسلام». و فی الجواهر: دعوی الضرورة من الدین علیه. و ما عن طائفة من الزیدیة من جواز نکاح تسع، لم یثبت، بل المحکی عن مشایخهم البراءة من ذلک. انتهی. و قد وردنا فی هذه الأیام من العلویین فی اللاذقیة سؤال عن میت مات عن ثمان. و لعله لم یکن عن اعتقاد المشروعیة.

و تشهد به النصوص،

کمصحح زرارة بن أعین و محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا جمع الرجل أربعاً و طلق إحداهن فلا یتزوج الخامسة حتی تنقضی عدة المرأة التی طلق. و قال (ع): لا یجمع ماءه فی خمس» «۱».

و نحوه غیره. و یستفاد مما ورد فیمن تزوج خمساً بعقد واحد

«۲»، و فیمن کان عنده ثلاث نسوة فتزوج اثنتین فی عقد

«۳»،

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ۱.

(۲) راجع الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد.

(۳) راجع الوسائل باب: ۵ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد.

حراً کان أو عبداً، و الزوجة حرة أو أمة (۱). و أما فی الملک و التحلیل: فیجوز و لو الی ألف (۲).

و فی الکافر إذا أسلم و عنده أکثر من أربع

«۱»، و مما ورد فیمن کانت عنده أربع زوجات فماتت إحداهن

«۲». فتأمل.

ثمَّ فی جملة من النصوص المشار إلیها ذکر الماء، فیختص بحرمة الوطء و الإنزال فی أکثر من أربع، و لا یمنع من أصل التزویج بالأکثر.

لکن الظاهر أن المراد الکنایة عن حلیة الوطء فتأمل. و فی المسالک:

«الأصل فیه قوله تعالی (فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنیٰ وَ ثُلٰاثَ وَ رُبٰاعَ)» «۳». و تبعه علیه فی الجواهر، بقرینة أن الأمر فیها للإباحة، و مقتضی اباحة الأعداد المخصوصة تحریم ما زاد علیها، إذ لو کان مباحاً لما خص الجواز بها، لمنافاته للامتنان، و قصد التوسع فی العیال، و لأن مفهوم إباحة الأربع حظر ما دون الأربع، أو ما زاد علیها، و الأول باطل بتجویز الثلاث فیها صریحاً، فیتعین الثانی. ثمَّ قال: «فمن الغریب دعوی بعض الناس عدم دلالة الآیة علی تحریم ما زاد». و الاشکال علیه ظاهر. إذ لیس هو إلا تمسک بمفهوم العدد، و التحقیق خلافه.

(۱) کل ذلک لإطلاق الأدلة.

(۲) بلا خلاف بین المسلمین، کما فی الجواهر. و فی کشف اللثام:

«اتفاقا من المسلمین». و فی المسالک: «هو موضع وفاق من جمیع المسلمین». و یقتضیه إطلاق الأدلة. مضافاً الی خبر إسماعیل بن الفضل الهاشمی قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن المتعة، فقال: الق عبد الملک

(۱) راجع الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ۵.

(۳) النساء: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۵

و کذا فی العقد الانقطاعی (۱).

ابن جریح

.. الی أن قال:

و کان فیما روی لی فیها ابن جریح أنه لیس فیها وقت و لا عدد، إنما هی بمنزلة الإماء یتزوج منهن کم شاء» «۱»

، و

صحیح ابن أذینة عن أبی عبد اللّه (ع): قلت له: کم یحل من المتعة؟

قال: فقال: هن بمنزلة الإماء» «۲».

و نحوهما غیرهما. و الی ما ورد فی العبد المأذون من مولاه، و أنه یتسری ما شاء إذا کان أذن له مولاه

«۳». (۱) علی المشهور بین أصحابنا، کما فی المسالک. و فی الجواهر:

«بلا خلاف معتد به فیه بیننا» و عن الحلی: الإجماع علیه. و یشهد له کثیر من النصوص، منها ما تقدم فی الإماء، و

فی موثق زرارة عن أبی عبد اللّه (ع): «ذکرت له المتعة أ هی من الأربع؟ فقال: تزوج منهن ألفاً، فإنهن مستأجرات» «۴»

، و

صحیحه: «قلت: ما یحل من المتعة؟ قال (ع): کم شئت» «۵».

و نحوها غیرها.

نعم

فی موثق عمار الساباطی عن أبی عبد اللّه (ع): «عن المتعة.

فقال: هی أحد الأربع» «۶»

و فی المسالک: أنها حملت علی الاستحباب، جمعاً بینها و بین ما سبق. و عن ابن البراج: العمل به. و فی المسالک: «عن المختلف أنه اقتصر علی حکایة الشهرة، و لم یصرح بمختاره. و عذره

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۶.

(۳) راجع الوسائل باب: ۲۲ من أبواب نکاح العبید و باب: ۹ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد.

(۴) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۲.

(۵) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۳.

(۶) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۱۰.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۶

و لا یجوز للحر أن یجمع بین أزید من أمتین (۱).

واضح». و لکنه غیر ظاهر، فإنه حکی عن المشهور عدم انحصار المتعة فی عدد. ثمَّ حکی عن ابن البراج ما سبق. ثمَّ قال: «لنا الأصل، و ما رواه زرارة فی الصحیح

»، ثمَّ ذکر غیره من النصوص الدالة علی المشهور، ثمَّ استدل لابن البراج بما سبق. ثمَّ ذکر جواب الشیخ عنه بأنه ورد احتیاطاً، لا حظراً. و ظاهره موافقة المشهور، لا التوقف.

و کیف کان فلا مجال للأخذ بالموثق بعد إمکان الجمع العرفی بینه و بین ما سبق بالحمل علی الاستحباب، أو علی التقیة، کما یظهر من

صحیح البزنطی عن الرضا (ع): «قال أبو جعفر: اجعلوها من الأربع.

فقال له صفوان بن یحیی: علی الاحتیاط فقال (ع): نعم» «۱»

، و

صحیحه الآخر المروی عن قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن المتعة.

الی أن قال:

و سألته من الأربع هی؟ فقال (ع): اجعلوها من الأربع علی الاحتیاط. قال: و قلت له: إن زرارة حکی عن أبی جعفر (ع):

إنما هن مثل الإماء یتزوج منهن ما شاء، فقال (ع): هی من الأربع» «۲».

فإن الظاهر من الاحتیاط: الاحتیاط فی المحافظة علی نفسه و ماله، لأن التزویج بالخمس لا یصح دواماً، و المتعة ممنوعة عند المخالفین. و یحتمل أن یکون المراد: الاحتیاط فی المحافظة علی ملاکات الاحکام. لکنه بعید.

و علی کل حال فالصحاح المذکورة بمنزلة الحاکم علی الموثق، فلا مجال للعمل بظاهره. علی أنه مهجور، و معارض بما هو أصح سنداً، و أکثر عدداً، و أوضح دلالة. فلا مجال لتقدیمه علی غیره.

(۱) بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه. کذا فی

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۹.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۱۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۹۷

و لا للعبد أن یجمع بین أزید من حرتین (۱). و علی هذا فیجوز للحر أن یجمع بین أربع حرائر (۲)، أو ثلاث و أمة أو حرتین و أمتین. و للعبد أن یجمع بین الأربع إماء، أو حرة و أمتین، أو حرتین. و لا یجوز له أن یجمع بین أمتین و حرتین (۳)

الجواهر. و فی الریاض: «بإجماعنا، حکاه جماعة من أصحابنا» و استدل له

بمصحح أبی بصیر عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن رجل له امرأة نصرانیة له أن یتزوج علیها یهودیة؟ فقال: إن أهل الکتاب ممالیک للإمام، و ذلک موسع منا علیکم خاصة، فلا بأس أن یتزوج. قلت:

فإنه یتزوج علیهما أمة؟ قال (ع): لا یصلح له أن یتزوج ثلاث إماء» «۱».

لكن في دلالة:

«لا يصلح»

على المنع نظر.

(۱) بلا خلاف ظاهر.

لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال (ع): لا، و لكن يتزوج حرتين، و إن شاء أربع إماء» «۲»

، و

خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن المملوك ما يحل له من النساء؟ فقال (ع): حرتان، أو أربع إماء» «۳»

، و

خبر زرارة عن أبى جعفر (ع): «قال: لا يجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين» «۴»

، و نحوها.

(۲) تقتضى الأدلة الأولية جواز ذلك. و كذا الفرضان اللذان بعده.

و كذا الصور المذكورة للعبد.

(۳) فان الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم

. و كذا مرسل

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۹۸

أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر (۱)، أو ثلاث إماء و حرة (۲) كما لا يجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء و حرة (۳).

[(مسألة ۱): إذا كان العبد مبعضاً أو الأمة مبعضة]

(مسألة ۱): إذا كـان العبـد مبعضاً أو الأمـة مبعضـة ففى لحوقهما بالحر أو القن إشـكال، و مقتضـى الاحتياط: أن يكون العبـد المبعض كـالحر بالنسـبة إلى الإمـاء فلا يجوز له الزيـادة على أمتين، و كالعبـد القن بالنسـبة إلى الحرائر، فلا يجوز له الزيادة على حرتين و أن تكون الأمة المبعضة كالحرة بالنسبة الى العبد، و كالأمة بالنسبة إلى الحر (۴). بل يمكن أن يقال:

إنه بمقتضى القاعدة. بدعوى أن المبعض حر و عبد، فمن حيث حريته لا يجوز له أزيد من أمتين، و من حيث عبديته

الفقيه: «يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين و حرة» «۱».

و منهما يظهر: أنه لا يجوز أن يجمع بين حرتين و أمة. قال فى الشرائع:

«إذا استكمل العبـد أربعـاً من الإمـاء، أو حرتين، أو حرة و أمتين، حرم عليه مـا زاد». و مثله كلام غيره. و ادعى عليه الإجماع فى كلام جماعة كثيرة.

(۱) لما سبق.

(۲) للمرسل السابق

. و صحیح محمد بن مسلم

لا یدل علی المنع فیه.

(۳) لمصحح أبی بصیر السابق

. (۴) قال فی القواعد: «و المعتق بعضها کالأمة فی حق الحر، و کالحرة فی حق العبد، و المعتق بعضه کالحر فی حق الإماء، و کالعبد فی حق الحرائر» و نحوه کلام غیره. و عللوه بالاحتیاط، و تغلیب جانب الحرمة. و لکن قال فی الجواهر: «لا ریب فی أنه أحوط، و إن کان لا یخلو من بحث، إن

---

(۱) الوسائل باب: ۲۲ من أبواب نکاح العبید حدیث: ۱۰.

لا یجوز له أزید من حرتین (۱). و کذا بالنسبة إلی الأمة المبعضة. إلا أن یقال: إن الاخبار الدالة علی أن الحر لا یزید علی أمتین و العبد لا یزید علی حرتین منصرفة إلی الحر و العبد

لم یکن إجماعاً خصوصاً فی التبعیض اللاحق للتزویج، الذی قد یتعارض فیه الاحتیاط»، و فی الریاض: «لعل ذلک تغلیب للحرمة، کما یستفاد من

بعض المعتبرة: (ما اجتمع الحلال و الحرام إلا و غلب الحرام الحلال) «۱».

فتأمل». و قاعدة التغلیب غیر ثابتة. و الروایة إما محمولة علی الشبهة المحصورة، أو علی صورة المزج بین الحرام و الحلال. و لو لا ذلک لأشکل الحکم فی کثیر من الموارد، کما لا یخفی.

(۱) لا یقال: إنه یقع التزاحم بین الحریة المقتضیة لعدم جواز أزید من أمتین، و بین العبدیة المقتضیة لجواز أربع إماء. و کذا بالنسبة إلی الحرائر، فان العبدیة تقتضی المنع من أزید من حرتین، و الحریة مقتضیة لجواز أزید من حرتین.

فإنه یقال: التزاحم بینهما من قبیل التزاحم بین المقتضی و اللامقتضی، فإن اقتضاء الحریة لجواز أربع حرائر بمعنی عدم اقتضائها للمنع من أزید من حرتین و کذلک اقتضاء العبدیة لجواز أربع إماء بمعنی عدم المقتضی للمنع عن ذلک. و مع تزاحم المقتضی و اللامقتضی یکون العمل و الأثر للمقتضی.

ثمَّ إن هذا التوجیه مبنی علی أن یکون المراد من الحر و العبد الطبیعة و لو فی جزء الفرد. فیکون المراد من العبد ما هو أعم مما کان بعضه عبداً.

و المراد من الحر ما هو أعم مما کان بعضه حراً. و سیأتی الکلام فیه.

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یکتسب به حدیث: ۵.

الخالصین (۱). و کذا فی الأمة. فالمبعض قسم ثالث خارج عن الاخبار، فالمرجع عمومات الأدلة علی جواز التزویج، غایة الأمر عدم جواز الزیادة علی الأربع، فیجوز له نکاح أربع حرائر، أو أربع إماء. لکنه بعید من حیث لزوم کونه أولی من الحر الخالص (۲)، و حینئذ فلا یبعد أن یقال: إن المرجع الاستصحاب. و مقتضاه إجراء حکم العبد و الأمة علیهما (۳) و دعوی: تغیر الموضوع. کما تری (۴).

فتحصل: أن الاولی

(۱) لا ـ ینبغی التأمل فی أن صفة الحریة و الرقیة من الصفات القائمة بتمام الموضوع، فالحر من یکون تمامه حراً، و العبد من یکون تمامه عبداً.

و هو المعنی الحقیقی للفظ. فمن یکون بعضه حراً و بعضه عبداً خارج عن موضوع الحر و العبد، فلا یجری علیه حکم أحدهما. فمن الغریب ما فی بعض الحواشی علی المقام من أنه لو سلم الانصراف فکونه من الانصرافات البدویة ظاهر. انتهی. فان من یکون بعضه حراً إنما الحر بعضه لا ـ کله، و کذلک من یکون بعضه عبداً إنما العبد بعضه لا ـ کله، و من المعلوم أن موضوع الأحکام فی الأدلة الإنسان الحر أو العبد، و المبعض لا حر و لا عبد، بل بعضه حر و بعضه عبد.

(۲) لم یتضح بطلان اللازم المذکور، إذ من الجائز أن یکون الوجه فی عدم تزویج الحر بأربع إماء کرامته و هی مفقودة فی المبعض. و أن یکون الوجه فی عدم تزویج العبد بأربع حرائر نقصه، و هو مفقود فی المبعض أیضاً.

(۳) فله أن یتزوج بأربع إماء، و للعبد أن یتزوج أربعا منها.

(۴) لما عرفت مراراً من أن المعیار فی تبدل الموضوع العرف، بحیث

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۱

الاحتیاط الذی ذکرنا أولا، و الأقوی العمل بالاستصحاب و إجراء حکم العبید و الإماء علیهما.

[(مسألة ۲): لو کان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً]

(مسألة ۲): لو کان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً، لم یجز إبقاء الجمیع، لأن الاستدامة کالابتداء (۱)، فلا بد من طلاق الواحدة أو الاثنتین. و الظاهر

تکون القضیة المشکوکة غیر القضیة المتیقنة عرفاً، و من المعلوم أن تحریر بعض القن لا یستوجب ذلک. نعم یمکن الإشکال فی الاستصحاب بأنه تعلیقی، لأن معنی جواز عقده علی أربع إماء حال الرقیة: أنه لو عقد ترتب أثر الزوجیة علیه، فاستصحاب ذلک الی حال حریة بعضه معارض- علی التحقیق- بالاستصحاب التنجیزی، و هو أصالة عدم ترتب الأثر.

فالمرجع لا بد أن یکون دلیلا آخر، و هو إما أصالة حرمة الوطء بناء علی أصالة الحرمة فی الفروج، أو أصالة إباحة الوطء، فیتحد مفاد الأصل مع مفاد الاستصحاب فی الأثر المذکور. و إن کان یختلف معه بالنسبة إلی الآثار الأخری، فإن مقتضی الاستصحاب وجوب الإنفاق علی الإماء الأربع لو عقد علیهن، و مقتضی أصل البراءة العدم. و کذلک بالنسبة إلی التوارث. هذا بالنسبة إلی التزویج بأربع إماء الذی کان جائزاً له قبل التبعض. و أما بالنسبة الی عدم جواز تزویج أربع حرائر، فالأصل المذکور یتحد مع أصالة عدم ترتب الأثر، فلا بأس بالرجوع الیه و یحکم حینئذ بحرمة التزویج بأربع حرائر. و بالجملة: فالاستصحاب المذکور إن أشکل جریانه فهو من هذه الجهة. لکن عرفت أن النوبة لا تنتهی إلیه بعد إمکان الرجوع الی عمومات الحل.

(۱) هذا مما لا إشکال فیه ظاهر. لإطلاق دلیل المنع.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۲

کونه مخیراً بینهما کما فی إسلام الکافر (۱) عن أزید من أربع.

و یحتمل القرعة (۲). و الأحوط أن یختار هو القرعة بینهن.

(۱) فإنه لا إشکال عندهم فی ثبوته فیه. و یشهد له

خبر عقبة بن خالد عن أبی عبد اللّه (ع): «فی مجوسی أسلم و له سبع نسوة، و أسلمن معه، کیف یصنع؟ قال (ع): یمسک أربعاً و یطلق ثلاثاً» «۱»

و یؤیده أو یعضده ما ورد فیمن تزوج خمساً بعقد واحد، و فیمن تزوج الأختین بعقد واحد،

کصحیح جمیل عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل تزوج أختین فی عقدة واحدة، قال (ع) یمسک أیتهما شاء و یخلی سبیل الأخری. و قال فی رجل تزوج خمساً فی عقدة واحدة. قال (ع): یخلی سبیل أیتهن شاء» «۲».

و الأخیر وارد فی الابتداء، و جریانه فی الاستدامة أولی، بل الأول أیضاً وارد فی الاستدامة بلحاظ إقرار الزوج علی ما یراه فی مذهبه، و لکنه فی الحقیقة وارد فی الابتداء لأن الإقرار لا یقتضی أکثر من المعاملة معه معاملة الصحیح، من دون حصول الصحة واقعاً.

(۲) هذا الاحتمال ذکره جماعة فیما لو أسلم الکافر علی أکثر من أربع و مات قبل الاختیار. و أشکل علیه بأن القرعة إنما تکون طریقاً الی تعیین الواقع المتعین فی نفسه، و المفروض عدمه. و لذا اختار بعضهم فی تلک المسألة التوقف حتی یصطلح الورثة. و بعضهم اختار القسمة بالسویة، نظیر ما لو تداعیا مالًا معیناً. و الاشکال علی الأخیر ظاهر، لاختصاص الدلیل بصورة التداعی، و المفروض عدمه. و یشکل ما قبله بأن تصالح الورثة تابع لاستحقاقهم، و هو غیر ظاهر. و من هنا قوی فی الجواهر القرعة، مانعاً اختصاصها بصورة تعیین الواقع المتعین فی نفسه،

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۳

.....

لإطلاق أدلتها من الآیة، و الروایة.

أقول: المراد من الآیة قوله تعالی فی سورة آل عمران (وَ مٰا کُنْتَ لَدَیْهِمْ إِذْ یُلْقُونَ أَقْلٰامَهُمْ أَیُّهُمْ یَکْفُلُ مَرْیَمَ، وَ مٰا کُنْتَ لَدَیْهِمْ إِذْ یَخْتَصِمُونَ) «۱»، أو قوله تعالی فی سورة الصافات (فَسٰاهَمَ فَکٰانَ مِنَ الْمُدْحَضِینَ) «۲». و أما الروایة: فمنها

روایة محمد بن حکیم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن شیء، فقال لی: کل مجهول ففیه القرعة.

قلت له: إن القرعة تخطئ و تصیب، قال (ع): کلما حکم اللّه به فلیس بمخطئ» «۳»

، و

عن دعائم الإسلام عن أمیر المؤمنین (ع) و أبی جعفر علیه السلام و أبی عبد اللّه (ع): أنهم أوجبوا القرعة فیما أشکل «۴»

، و

قال أبو عبد اللّه (ع): «و أی حکم فی الملتبس أثبت من القرعة؟! أ لیس هو التفویض الی اللّه جل ذکره؟ ..» «۵»

، و

خبر عبد الرحیم المروی فی کتاب الاختصاص للمفید (ره): «سمعت أبا جعفر (ع) یقول: إن علیاً (ع) کان إذا ورد علیه أمر لم یجیء فیه کتاب و لا سنة رجم فیه، یعنی: ساهم فأصاب، ثمَّ قال: یا عبد الرحیم و تلک من المعضلات» «۶».

و قریب منه خبره الآخر

«۷». و

صحیح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل یکون له المملوکون فیوصی بعتق ثلثهم، قال (ع): کان علی (ع) یسهم

بینهم» «۸»

، و صحیح

(۱) الآیة: ۴۴.

(۲) الآیة: ۱۴۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱۱.

(۴) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱.

(۵) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۲.

(۶) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱۴.

(۷) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کیفیة القضاء ملحق حدیث: ۱۴.

(۸) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۴

.....

الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل قال أول مملوک أملکه فهو حر، فورث سبعة جمیعاً، قال (ع): یقرع بینهم، و یعتق الذی خرج اسمه «۱»».

و نحوها غیرها، ذکرها فی الوسائل فی أواخر مباحث القضاء. و قد ذکر فی ذلک الباب أخباراً کثیرة متضمنة لجریان القرعة أیضاً فیما له تعین واقعاً. فلاحظه.

لکن یشکل الاستدلال بالآیتین الشریفتین علی جریانها فیما لم یکن له تعین واقعاً أولا: لاحتمال أنه من باب التراضی و الاتفاق منهم علی ذلک، لا من باب أنه حجة شرعیة یرجع إلیها علی کل حال، کما لو اتفقوا علی ترجیح الأکبر سناً، أو الأقوی بدناً، أو نحو ذلک. و ثانیاً: أنه یتوقف علی أن التنازع فی موردهما لم یکن فی تعیین الأولی، و هو غیر ظاهر، بل یظهر من بعض الأخبار الواردة فی تفسیر الآیة الثانیة: أن الراکبین فی السفینة علموا أن الخطر الوارد علی السفینة کان من جهة أن فیها عبداً آبقاً، و اختلفوا فی تعیینه [۱]. نعم المذکور فی الروایات أن النزاع فی کفیل مریم (ع) کان بین أنبیاء «۲»، و یمتنع أن یکون نزاعهم فی أمر مجهول، بل یکون حالهم حال المتسابقین الی الخیر. لکن لا عموم فی الآیة، لورودها فی مورد خاص، و التعدی منه غیر ظاهر.

و من ذلک یشکل الاستدلال بالنصوص الأخیرة، فإنها واردة فی موارد خاصة لا یستفاد منها العموم. فلم یبق إلا العمومات المستفادة من

[۱] قال فی مجمع البیان الجزء: ۸ الصفحة: ۴۵۸ «و قیل: ان السفینة احتبست فقال الملاحون: ان هاهنا عبداً آبقاً ..» و فی تفسیر القمی الجزء: ۱ الصفحة: ۳۱۸ طبعة النجف الحدیثة: «فخرج أهل السفینة فقالوا فینا عاص ..».

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱۵.

(۲) الوسائل باب: ۴۱ من أبواب الحیض حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۵

.....

النصوص المتقدمة مثل: إن القرعة فی کل مجهول، الذی یظهر من محکی الخلاف، و قواعد الشهید الإجماع علیه، أو: أنها لکل أمر مشکل، کما هو المذکور فی کلام الفقهاء، و إن لم أقف علی نص فیه غیر ما تقدم عن الدعائم، و إنما حکی عن روایة المخالفین. نعم نسبه فی جامع المقاصد الی قولهم (ع). و مثله: «القرعة لکل أمر مشتبه». لکن قول الراوی فی الروایة الأولی:

«قلت له: إن القرعة تخطئ و تصیب»

ظاهر فی وروده فیما له تعین واقعی، لأنه الذی یتصور فیه الخطأ و الصواب.

و لا ینافیه قوله (ع) فی الجواب:

«کلما حکم اللّه تعالی به فلیس بمخطئ»

، لأن الظاهر منه أنه لیس بمخطئ باعتبار أنه حکم اللّه، و لو ظاهراً.

بل لعل منصرف «المجهول» ماله تعین واقعی و جهل تعیینه فالبناء علی عموم الروایة لما نحن فیه غیر ظاهر. مضافاً الی أن البناء علی إطلاقه یوجب سقوط جمیع أدلة الأصول. فلا بد أن یکون المراد من المجهول معنی غیر الظاهر، فیکون مجملا. و کذلک «المشکل» و «الملتبس» المذکوران فی روایة الدعائم

، فإنهما و إن کانا شاملین لما نحن فیه، لکن الأخذ بعموم مفهومهما مشکل، و لا سیما بملاحظة ما رواه المفید فی کتاب الاختصاص. فیتعین حملهما علی ما لا مخرج فیه، بنحو لا تفی الأدلة فیه، بل لعله المنصرف الیه منهما، فلا تشمل ما نحن فیه، لأنه إذا فهم من أدلة الاختیار الواردة فی الموارد المتقدمة العموم لما نحن فیه، فلا إشکال و لا التباس، و إن لم یمکن استفادة حکم ما نحن فیه منها. کان المرجع قاعدة امتناع الترجیح بلا مرجح، و مقتضاها البطلان فی الجمیع. نعم لو أمکن البناء علی بطلان العقد فی أمتین و صحته فی أمتین علی وجه التردید. کان الرجوع الی القرعة فی محله، للإشکال الذی لا یمکن التخلص فیه إلا بالرجوع إلی القرعة.

لکن ذلک ممتنع، لامتناع قیام الزوجیة فی الفرد المبهم.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۰۶

.....

نعم لا یبعد صدق المشکل فیما إذا اشتبهت المطلقة أو المعقود علیها بین اثنتین أو أکثر، فإن الرجوع الی القواعد فی حرمة الوطء أو النظر لا- یوجب إشکالا، لکن الرجوع إلیها فی بقیة الاحکام من النفقات، و حق القسم، و التوارث، و نحوها، مما یوجب الاشکال، فیرجع فیه الی القرعة. و کذا إذا تردد مالک العین بین الشخصین، لتعذر الرجوع الی القواعد فیه. و لعل منه مصحح محمد بن عیسی عن الرجل (ع) فی الشاة الموطوءة إذا اشتبهت فی قطیع غنم، من أنه إن عرفها ذبحها و أحرقها، و إن لم یعرفها قسم القطیع نصفین، و أقرع بینهما، ثمَّ لا یزال یقرع حتی یقع السهم علی واحدة

«۱». فإن وجوب الاحتیاط بترک جمیع الغنم و إن کان ممکنا، لکن لزوم الضرر المنفی فی الشریعة یستوجب الدوران بین محذورین، فیکون من المشکل الذی یرجع فیه الی القرعة أیضاً.

لکن ظاهر الفقهاء أن الفتوی بذلک اعتماداً علی الخبرین

«۲» الواردین فیه، لا- لعمومات القرعة. بل ظاهرهم عدم الرجوع الی القرعة عند تزاحم حقوق اللّه تعالی، مثل تزاحم الواجبات، أو المحرمات، أو الواجب و الحرام، حتی فیما لو کان هناک تعین فی الواقع، کما فی صورة الدوران بین الوجوب و الحرمة، فإن الجمیع-

و إن كان من المشكل- لا يرجع فيه الى القرعة. و إنما يرجع إليها عند تزاحم حقوق الناس، مثل المال المردد بين المالكين، و الحق المردد بين شخصين، كالأمثلة التى سبقت. و كذلك النصوص، فان الوارد منها فى الموارد الخاصة- على كثرتها- واردة فى تزاحم حقوق الناس. و كذا مورد الآيتين الشريفتين.

نعم مورد المصحح الوارد فى الشاة الموطوءة من قبيل تزاحم حق اللّه و حق

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب الأطعمة المحرمة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب الأطعمة المحرمة حديث: ۱، ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۰۷

و لو أعتقت أمة أو أمتان فإن اختارت الفسخ- حيث أن العتق موجب لخيارها بين الفسخ و البقاء- فهو (۱)، و إن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً. و الأحوط اختياره القرعة كما فى الصورة الأولى.

[(مسألة ۳): إذا كان عنده أربع و شك فى أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض]

(مسألة ۳): إذا كان عنده أربع و شك فى أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض المعين أو غير المعين منهن بعقد الانقطاع ففى جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال (۲)

الناس. فالبناء على اختصاصها بمورد تزاحم حقوق الناس متعين.

و من ذلك يظهر الإشكال فى جريانها فى المسألة لأنه إذا كان مقتضى القاعدة البطلان لا حقوق لها، و لا تزاحم، فلا يكون المورد من المشكل.

فلاحظ، و كذا الحكم لو عقد الوكيلان عن امرأة و اقترن العقدان.

(۱) يعنى: تتعين هى للخروج عن الزوجية، و يتعين غيرها للبقاء عليها. و يشكل بأن أدلة التخيير مطلقة، و انصرافها إلى صورة بقاء الجميع على الزوجية غير ظاهر.

(۲) للإشكال فى أن الزوجية المنقطعة هى الزوجية الدائمة، و الاختلاف بينهما فى الدوام و الانقطاع. أو أنها غيرها. الذى ذكره فى الجواهر: الأول. و استدل له بظهور بعض النصوص فيه. و لأن شرط الأجل فى المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح، فمع عدم ذكر الشرط لا أثر له، بناء على أن الشرط المقدر لا يجرى عليه حكم الشرط المذكور، فقصد النكاح حينئذ بحاله. و أورد عليه شيخنا الأعظم (ره) بأن الذى يظهر من النصوص و الفتاوى أن الدائم و المنقطع حقيقتان مختلفتان، و ليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق و المشروط، كما يشهد به تعبير

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۰۸

.....

الفقهاء بقولهم: «إذا أخل بالأجل انقلب دائماً»، فإن التعبير بالانقلاب يدل على أن الإنشاء الصادر من أول الأمر لم يكن مقتضياً للدوام. و يشهد له أيضاً اتفاق النص

«۱» و الفتوى على أن المهر ركن هنا للعقد، دون الدائم، فإنه يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع و تمليك الانتفاع به، كالإجارة كما ورد من أنهن مستأجرات

«۲». و بـأنه لازم القول الأول أنه إذا أخل بالأجل و المهر معا انقلب دائماً أيضاً، مع أن ظاهر المسالك الاتفاق فيه على البطلان، و أن الخلاف يختص بما إذا ذكر المهر و ترك ذكر الأجل. و بأنه لو لا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر بعدم تمكين الزوجة في الانقطاع و عدم سقوطه بذلك في الدوام.

أقول: الوجوه المذكورة لا تدل على الاختلاف في الحقيقة بين الدوام و الانقطاع. فان تعبير الفقهاء بالانقلاب- مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانعقاد قال في الشرائع: «و لو لم يذكره- يعني: الأجل- انعقد دائماً»- يكفي في صحته الاختلاف في بعض الأحوال، كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب في باب المطهرات، فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الخمر، و فرقوا بينه و بين الاستحالة بأن الانقلاب لا يقتضي اختلافاً في الحقيقة، بخلاف الاستحالة، و لذا اقتصروا في مطهرية الانقلاب على خصوص الخمر، بخلاف الاستحالة، فإنها مطهرة في جميع الموارد من غير استثناء. و أما كون المهر ركناً في المنقطع دون الدائم، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة. إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينهما و لو في التأجيل، فإن القبض شرط في السلم، مع أنه لا يختلف مع بقية أنواع البيع في الحقيقة. و ما في بعض النصوص

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۷، ۱۸ من أبواب المتعة.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حديث: ۲، ۴.

.....

من

قوله (ع): «إنهن مستأجرات»

، مبني على نوع من المسامحة، كما ورد في جواز النظر الى من يريد تزويجها: أنه مستام

«۱»، و أنه يشتريها بأغلى الثمن

«۲». و الاتفاق المذكور في المسالك إن تمَّ كان هو الموجب للخروج عن القواعد. و إلا كان اللازم البناء على الانقلاب أيضاً في صورة عدم ذكر الأجل و المهر معاً. و أما سقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة: فمن الجائز أن يكون حكماً للمنقطع ثبت لبعض الجهات الخارجية، لا لاختلاف الحقيقة.

و لو كان المنقطع من قبيل المعاوضة لزم بطلانه من أصله بالموت، و لزم تبعيضه في الحيض أيضاً بالنسبة إلى سائر الاستمتاعات، و لزم أيضاً استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول، مع اتفاق النص و الفتوى على التنصيف حينئذ.

فالعمدة في مبنى القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائماً، و مفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية إلى الأجل. أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوثاً، و الدوام يكون لذاتها، و مفاد عقد الانقطاع جعل الرافع لدوام الزوجية. فعلى الأول يكون عدم التعرض للأجل موجباً لبطلان العقد انقطاعاً، و دواماً، أما الأول فلعدم ذكر الأجل، و أما الثاني فلعدم جعل الدوام. و على الثاني يكون عدم التعرض للأجل موجباً لعدم صحة الانقطاع، و لصحة الدوام، أما الأول فلما ذكر، و أما الثاني فلعدم جعل الرافع، و المفروض أن الدوام يكون لذاتها، لا بجعل جاعل.

و التحقيق هو الأول، فإن الزوجية و أمثالها من الملكية، و الحرية،

---

(۱) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۱۰

[(مسألة ۴): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نكاح الخامسة]

(مسألة ۴): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعياً لا يجوز له ذلک إلا بعد خروجها عن العدة (۱). و إن كان بائناً ففى الجواز قبل الخروج عن العدة قولان، المشهور على الجواز، لانقطاع

و الرقية، و البيعية، و غيرها من مضامين العقود و الإيقاعات، إنما يكون العقد موجباً لحدوثها، و هو المقصود من إنشائها، و البقاء إنما يكون باستعداد ذاتها، فبقاؤها عند العقلاء لا يكون منشأه العقد، بل استعداد ذاتها، و ليس العقد الا متضمناً لجعل الحدوث لا غير. فالاختلاف بين الانقطاع و الدوام يرجع الى الاختلاف فى أن الأول قد جعل فيه الانقطاع زائداً على جعل الحدوث، بخلاف الثانى، فإنه لم يجعل فيه إلا الحدوث. فاذا شک فى الدوام و الانقطاع فقد شک فى جعل الانقطاع زائداً على جعل الحدوث و عدمه، فيرجع فيه الى أصالة العدم. فالمقام نظير ما لو شک فى شرط الانفساخ و عدمه، فيكون الانقطاع على خلاف الأصل و الدوام على وفقه.

كيف و لو كان الدوام مجعولًا فى الدائم كان الطلاق مخالفة لوجوب الوفاء بالعقد. و هو كما ترى. و مقتضى ما ذكرنا جواز اشتراط الطلاق فى عقد النكاح، كجواز اشتراط الإقالة فيه. لكن عن الشيخ: بطلان الشرط فى الأول، بل عن المسالک: الاتفاق عليه. و هو غير ظاهر.

(۱) بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه. لأنها بحكم الزوجة نصاً و فتوى كذا فى الجواهر.

أقول: قد استفاضت النصوص فى ذلک،

ففى خبر محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: فى رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثمَّ نكح أخرى قبل أن تستكمل المطلقة العدة، قال: فليلحقها

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۱۱

العصمة بينه و بينها (۱). و ربما قيل بوجوب الصبر الى انقضاء

بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها ..» «۱»

، و

موثق على بن أبى حمزة.

قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن، أ يتزوج مكانها أخرى؟ قال (ع): لا حتى تنقضى عدتها» «۲»

، و

مصحح زرارة و محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه (ع): «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة المرأة التى طلقت، و قال: لا يجمع ماءه فى خمس» «۳».

و نحوها غيرها.

(۱) هذا التعليل مذكور فى كلام جماعة، و إجماله كاشكاله ظاهر، إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية، فهو حاصل فى الطلاق الرجعى، و لا يجوز التزويج معه. و إن كان ارتفاع جميع العلائق، فهو غير حاصل فى البائن، كما يشهد به عدم جواز تزويجها. نعم هو

مذکور

فی حسنة الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل طلق امرأته، أو اختلعت منه، أو بانت، أ له أن یتزوج أختها؟ فقال (ع): إذا برئت عصمتها فلم یکن له علیها رجعة فله أن یخطب أختها» «۴».

و نحوها صحیحة أبی بصیر

«۵»، و خبر الکنانی

«۶». و قد فسر بأن لا یکون له علیها رجعة. لکن موردها الجمع بین الأختین، و استفادة ما نحن فیه منها لا تخلو من تأمل. و أولی منه فی الدلالة القواعد العامة المقتضیة للجواز، لأن

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ١.

(۴) الوسائل باب: ۴٨ من أبواب العدد حدیث: ٢.

(۵) الوسائل باب: ۴٨ من أبواب العدد حدیث: ١.

(۶) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ١.

عدتها، عملًا بإطلاق جملة من الأخبار (١). و الأقوی المشهور. و الأخبار محمولة علی الکراهة (٢). هذا و لو کانت

الحرام تزویج الخمس، و مع الطلاق تخرج المطلقة عن الزوجیة، فلا یکون إلا تزویج الأربع. نعم یعارضها إطلاق النصوص المتقدمة و غیرها المتضمنة أنه لا یجوز تزویج الخامسة بعد طلاق أحد الأربع إلا بعد خروجها عن العدة، الذی لا فرق فیه بین الرجعی و غیره. و لذلک قال فی کشف اللثام:

«و ظاهر التهذیب الحرمة قبل الانقضاء. و هو ظاهر الاخبار».

(١) إشارة الی ما تقدم فی کشف اللثام. و ظاهر المتن التوقف من نسبة القول بالتحریم إلی قائل.

(٢) عند المشهور. و فی المسالک: «فی الحمل نظر من حیث عدم المعارض». و فی الجواهر جعل ما فی حسنة الحلبی المتقدمة قرینة علی تقیید النصوص بالرجعی. و لکنه غیر ظاهر. و کذا ما فی الجواهر أیضاً من أن فی النصوص ما یتضمن أنه لا یجوز له تزویج الخامسة حتی یعتد هو مثل عدة المطلقة، و ما یتضمن من أنه إذا ماتت إحدی الأربع لم یجز له أن یتزوج حتی یعتد أربعة أشهر و عشراً، بل فیه أنه یعتد و إن کانت متعة.

کما سیأتی بعضها. لکن قرینیة ذلک غیر ظاهرة، فان ثبوت الاعتداد علی وجه الاستحباب فی بعض الموارد لا یقتضی مقایسة غیره علیه، و إلا کان اللازم الحمل علی الاستحباب حتی فی الطلاق الرجعی.

و بالجملة: إطلاق النصوص یقتضی عدم الفرق بین الطلاق الرجعی و البائن، و لا قرینة علی تقییدها بالرجعی. و وحدة السیاق فی موثق عمار الآتی

لا تکون قرینة علی التصرف فیه فضلا عن غیره.

فان قلت: المنع عن تزویج الخامسة بعد طلاق إحدی الأربع إنما هو من باب حرمة الجمع بین الخمس. فاذا کان الطلاق بائناً لا جمع.

الخامسة أخت المطلقة فلا إشکال فی جواز نکاحها قبل الخروج عن العدة البائنة، لورود النص فیه (۱)، معللا بانقطاع العصمة. کما أنه لا ینبغی الإشکال إذا کانت العدة لغیر الطلاق (۲) کالفسخ بعیب أو نحوه. و کذا إذا ماتت الرابعة، فلا یجب الصبر إلی أربعة أشهر و عشر (۳). و النص الوارد بوجوب الصبر (۴)

قلت: هذا المقدار لا یوجب حمل النصوص علی الکراهة، لاحتمال کون وجود بعض العلائق کاف فی المنع. کما فی الطلاق الرجعی. فالعمدة تسالم الأصحاب علیه من دون مخالف صریح فیه، و یکون هو المقید لإطلاق النصوص.

(۱) یشیر به الی حسنة الحلبی المتقدمة

، و نحوها

صحیح أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ یحل له أن یخطب أختها من قبل أن تنقضی عدة المختلعة؟ قال: نعم، قد برأت عصمتها منه و لم یکن له علیها رجعة» «۱».

و نحوهما خبر الکنانی

. لکن النصوص المذکورة إنما اقتضت نفی الاشکال فی الجواز من حیث الجمع بین الأختین، لا من حیث الجمع بین الخمس، فاذا اتفق کون الخامسة أختاً للمطلقة فالإشکال فی المسألة السابقة بحاله.

(۲) کما هو مقتضی القواعد العامة، فإن الفسخ یوجب انتفاء الزوجیة.

فلا یکون جمع بین خمس نساء. و النصوص الدالة علی الانتظار مختصة بالطلاق.

(۳) بلا اشکال ظاهر.

(۴) هو

موثق عمار، قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن الرجل یکون له أربع نسوة فتموت إحداهن، فهل یحل له أن یتزوج أخری

---

(۱) الوسائل باب: ۴۸ من أبواب العدد حدیث: ۱.

معارض بغیره (۱)، و محمول علی الکراهة. و أما إذا کان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتی یجب الصبر أو لا یجب (۲).

مکانها؟ قال (ع): لا حتی تأتی علیها أربعة أشهر و عشر، سئل فإن طلق واحدة هل یحل له أن یتزوج؟ قال (ع): لا حتی تأتی علیها عدة المطلقة» «۱».

(۱)

ففی خبر علی بن جعفر (ع) عن أخیه موسی (ع) قال: «سألته عن رجل کانت له أربع نسوة فماتت إحداهن، هل یصلح له أن یتزوج فی عدتها أخری قبل أن تنقضی عدة المتوفاة؟ قال (ع):

إذا ماتت فلیتزوج متی أحب» «۲».

(۲)

فی خبر سنان بن طریف، عن أبی عبد اللّه (ع)، قال: «سئل عن رجل کن له ثلاث نسوة، ثمَّ تزوج امرأة أخری فلم یدخل بها، ثمَّ أراد أن یعتق أمة و یتزوجها، فقال: إن هو طلق التی لم یدخل بها فلا بأس أن یتزوج أخری من یومه ذلک» «۳».

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۷.

(۳) الوسائل باب: ۲ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۶.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۱۵

[فصل لا يجوز التزويج فى عدة الغير]

اشارة

فصل لا يجوز التزويج فى عدة الغير (۱) دواماً أو متعة، سواء كانت عدة الطلاق بائنة أو رجعية، أو عدة الوفاة، أو عدة وطء الشبهة، حرة كانت المعتدة أو أمة. و لو تزوجها حرمت عليه أبداً (۲)

فصل لا يجوز التزويج فى عدة الغير

(۱) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما فى الجواهر.

و استدل عليه بقوله تعالى (وَ لٰا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكٰاحِ حَتّٰى يَبْلُغَ الْكِتٰابُ أَجَلَهُ) «۱» بناء على أن المراد من عزم العقدة: نفس العقدة، لا العزم نفسه، لظهور تحليله كما يظهر من سياق الآيات. و المراد من بلوغ الكتاب أجله: انتهاء العدة، بلا خلاف، كما فى مجمع البيان.

و لكن مورد الآية عدة الوفاة، فالتعدى عنها لا بد أن يكون بالإجماع

(۲) بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه.

و تدل عليه النصوص بعد ضم بعضها الى بعض، فان بعضها مطلق فى الحرمة الأبدية،

كخبر محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها. قال (ع): يفرق بينهما و لا تحل له

(۱) البقرة: ۲۳۵.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۱۶

.....

أبداً» «۱».

و بعضها مطلق فى نفى الحرمة الأبدية،

كخبر على بن جعفر عن أخيه (ع) قال: «سألته عن امرأة تزوجت قبل أن تنقضى عدتها.

قال (ع): يفرق بينها و بينه، و يكون خاطباً من الخطاب» «۲»

، و بعضها يفصل فيه فى الحرمة الأبدية بين الدخول و عدمه،

كمصحح الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر و عشر. فقال: إن كان دخل بها فرق بينهما و لم تحل له أبداً، و أعتدت ما بقى عليها من الأول، و استقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء. و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما، و أعتدت بما بقى عليها من الأول و هو خاطب من الخطاب» «۳».

و نحوه موثق محمد بن مسلم

[۱]، و خبر قرب الاسناد

«۴». و قریب منه مصحح سلیمان بن خالد

«۵»، و موثق أبی بصیر

«۶». و بعضها یفصل فیه بین الجهل و العلم،

کصحیح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی إبراهیم (ع) قال: «سألته عن الرجل یتزوج المرأة فی عدتها بجهالة، أ هی ممن لا تحل

---

[۱] الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۹ لکنه وارد فی مطلق المعتدة لا- خصوص الحبلی. و الذی ورد فی خصوص الحبلی هو صحیح محمد بن مسلم و هو الحدیث الثانی المروی فی الوسائل فی نفس الباب. و الذی سیأتی من الشارح (قده) التعرض له فی المسألة الثانیة عشرة من هذا الفصل.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۹.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

(۴) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲۰.

(۵) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۶) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۱۷

.....

له أبداً؟ فقال (ع): لا، أما إذا کان بجهالة فلیتزوجها بعد ما تنقضی عدتها، و قد یعذر الناس فی الجهالة بما هو أعظم من ذلک. قلت: بأی الجهالتین یعذر، بجهالته إن لم یعلم أن ذلک محرم علیه، أم بجهالته أنها فی عدة؟ فقال (ع): إحدی الجهالتین أهون من الأخری، الجهالة بأن اللّه تعالی حرم ذلک علیه، و ذلک بأنه لا یقدر علی الاحتیاط معها، فقلت:

فهو فی الأخری معذور؟ قال (ع): نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور فی أن یتزوجها، فقلت: فان کان أحدهما متعمدا و الآخر یجهل؟ فقال (ع) الذی تعمد لا یحل له أن یرجع الی صاحبه أبداً» «۱»

، و

مصحح إسحاق بن عمار قال: «قلت لأبی إبراهیم (ع): بلغنا عن أبیک أن الرجل إذا تزوج المرأة فی عدتها لم تحل له أبداً. فقال (ع): هذا إذا کان عالماً، فاذا کان جاهلًا فارقها و تعتد، ثمَّ یتزوجها نکاحا جدیداً» «۲»

و بعضها یفصل فیه بین کل من الدخول و الجهل،

کمصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا تزوج الرجل المرأة فی عدتها و دخل بها لم تحل له أبداً عالماً کان أو جاهلًا، و إن لم یدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر» «۳».

و الجمع العرفی یقتضی حمل النصوص السابقة علی الأخیر جمعاً بین المطلق و المقید. مع أن الجمع العرفی بین الطوائف مع غض النظر عن المصحح الأخیر یقتضی ما ذکره الأصحاب. أما بالنسبة إلی الجمع بین الطائفتین الأولتین و الأخیرتین فظاهر، لأنه من الجمع

بین المطلق و المقید.

و أما بالنسبة إلی الجمع بین إحدی الطائفتین إلی الأخری، فالجمع العرفی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۰.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۱۸

إذا کانا عالمین بالحکم و الموضوع (۱)، أو کان أحدهما عالماً بهما (۲) مطلقاً، سواء دخل بها أولا. و کذا مع جهلهما بهما

یقتضی کون سبب الحرمة الأبدیة کل من العلم و الدخول، نظیر الجمع بین القضایا الشرطیة حیث یتعدد الشرط و یتحد الجزاء غایة الأمر فی الفرق أن المفهوم هنا مصرح به، فیحمل علی کونه لعدم المقتضی.

(۱) کما هو المصرح به فی کلام جماعة، و منصرف إطلاق کلام غیرهم. و الظاهر أنه لا إشکال فیه. و یقتضیه صحیح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم

. مضافا الی انصراف إطلاق العلم إلی ذلک بأن کان عالماً ان فعله فی غیر محله.

(۲) أما فی علم الزوج. فیقتضیه إطلاق مصحح إسحاق بن عمار المتقدم

، و نحوه، و صحیح ابن الحجاج

. و منه یستفاد الاجتزاء بعلم الزوجة و فی الجواهر: استدل علی التحریم مع علم أحدهما

بصحیحة علی بن رباب عن حمران قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن امرأة تزوجت فی عدتها بجهالة بذلک، فقال (ع): لا أری علیها شیئاً، و یفرق بینها و بین الذی تزوج بها، و لا تحل له أبدا. قلت: فان کانت قد عرفت أن ذلک محرم علیها ثمَّ تقدمت علی ذلک، فقال: إن کانت تزوجته فی عدة لزوجها الذی طلقها علیها الرجعة، فإنی أری أن علیها الرجم، فان کانت تزوجته فی عدة لیس لزوجها الذی طلقها علیها فیها الرجعة، فإنی أری أن علیها حد الزانی، و یفرق بینها و بین الذی تزوجها، و لا تحل له أبداً» «۱»

و الدلالة غیر ظاهرة، لأن المفروض فی الروایة الدخول بقرینة التعرض للحد. مع أنه حکم فیها بالحرمة الأبدیة فی کل من صورتی العلم و الجهل. فلا حظ.

هذا و لا ینبغی الإشکال فی أنه مع علم أحدهما یبطل العقد حتی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۱۹

لکن بشرط الدخول بها. و لا فرق فی التزویج بین الدوام

بالإضافة إلی الجاهل، و إن اختلفا فی الحکم الظاهری. و لعله المراد مما فی القواعد: «و لو کانت هی العالمة لم یحل لها العود إلیه أبداً». و لو کان المراد منه الحکم الوضعی لم یکن وجه للاختصاص بها، فإن الزوجیة لا تقبل التبعض، بحیث تکون الزوجیة ثابتة من طرف و غیر ثابتة من طرف آخر. و مثلها الأخوة، و الأبوة، و البنوة، و الفوقیة و التحتیة، و التقدم و التأخر، و أمثالها من الإضافات القائمة بین اثنین، فإنها لا تصح بالنسبة إلی أحدهما إلا مع صحتها بالنسبة إلی الآخر، فاذا لم تصح فی أحدهما لم تصح فی الآخر. و

كذا المراد مما

في صحيح ابن الحجاج المتقدم من قول السائل: «فقلت: فان كان أحدهما متعمداً و الآخر يجهل فقال (ع): الذى تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً»

، فان الظاهر منه الحكم التكليفى الظاهرى، و هو يختص بالجهل، فاذا علم الزوج بعد العقد و الدخول أن ذلك كان فى العدة، و ان الزوجة كانت عالمة، فقد انكشف له عدم صحة عقده عليها بعد ذلك، فاذا عقد كان العقد باطلا بالنسبة إليه أيضا. و قد أشار الى ما ذكرنا فى المسالك و غيرها.

قال فى الأول: «و إن جهل أحدهما و علم الآخر اختص كل واحد بحكمه و إن حرم على الآخر التزويج به، من حيث مساعدته على الإثم و العدوان و يمكن التخلص من ذلك بأن يجهل التحريم أو شخص المحرم عليه، و متى تجدد علمه تبين فساد العقد، إذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون أخرى فى نفس الأمر، و إن أمكن فى ظاهر الحال، كالمختلفين فى صحة العقد و فساده». و إن كان يشكل بأنه مع جهل أحدهما لا يحرم العقد منه. و المساعدة على الإثم و العدوان غير ثابتة مع جهله بالبطلان. نعم هى مساعدة على التجرى. و لعله المراد.

مستمسك العروة الوثقى، ج١۴، ص: ١٢٠

و المتعة (١). كما لا فرق فى الدخول بين القبل، و الدبر (٢).

و لا يلحق بالعدة أيام استبراء الأمة (٣)، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبدية، و لو مع العلم و الدخول. بل لا يبعد جواز تزويجها فيها و إن حرم الوطء قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطء (۴) دون سائر الاستمتاعات. و كذا لا يلحق بالتزويج

---

(١) كما صرح به فى المسالك. و جعله فى الجواهر معقد الإجماع.

و يقتضيه إطلاق النصوص.

(٢) كما صرح به فى الجواهر. لإطلاق النصوص.

(٣) قال فى القواعد: «هل وطء الأمة فى الاستبراء كالوطء فى العدة؟ إشكال». و فى المسالك: «و فى إلحاق مدة الاستبراء بالعدة وجهان. و عدمها أقوى، وقوفاً على موضع النص، و استصحاباً للحل فى غيره». و فى الجواهر: جزم بذلك لذلك. و فى كشف اللثام: أنه الأقوى لعدم التبادر الى الفهم من العدة، لاختصاصها باسم آخر.

(۴) كما هو المشهور. و عن الخلاف: الإجماع عليه. و يقتضيه صريح جملة من النصوص،

كصحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الجارية تشترى من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أ يجزى ذلك، أم لا بد من استبرائها؟ قال: يستبرؤها بحيضتين. قلت:

يحل للمشترى ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها» «١»

، و

موثق عمار الساباطى: «قال أبو عبد اللّه (ع): الاستبراء على الذى يبيع الجارية واجب إن كان يطؤها. و على الذى يشتريها الاستبراء أيضا. قلت:

فيحل له أن يأتيها دون الفرج؟ قال (ع): نعم قبل أن يستبرئها» «٢».

---

(١) الوسائل باب: ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۵.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۱

الوطء بالملک أو التحلیل (۱). فلو کانت مزوجـة فمات زوجها أو طلقها و إن کان لا یجوز لمالکها وطؤها و لا الاسـتمتاع بها فی أیام عـدتها، و لاـ تحلیلهـا للغیر، لکن لـو وطأهـا أو حللهـا للغیر فوطئهـا لم تحرم أبـداً علیه، أو علی ذلـک الغیر، و لـو مـع العلم بـالحکم و الموضوع.

و

فی خبر عبد اللّه بن محمد أنه قال له أبو عبد اللّه (ع): «لا بأس بالتفخیذ لها حتی تستبرئها، و إن صبرت فهو خیر لک» «۱».

و عن المبسوط: اعتبار ترک باقی الاستمتاعات فیه أیضا. و هو صریح محکی السرائر. و لیس له دلیل ظاهر. نعم

فی خبر إبراهیم بن عبـد الحمیـد قـال: «سألت أبا إبراهیم (ع) عن الرجل یشتری الجاریـة و هی حبلی أ یطؤها قال (ع): لا. قلت: فـدون الفرج، قال: لا یقربها» «۲».

و فیه- مع أنه وارد فی الحبلی التی لا استبراء فیها-: أنه معارض

بصحیح رفاعة قال: «سألت أبا الحسن موسی (ع) فقلت: اشتری الجاریة

.. (الی أن قال):

قلت: فان کانت حبلی فما لی منها إذا أردت؟ قال (ع):

لک ما دون الفرج» «۳».

و نحوه موثق زرارة

«۴»، و خبر أبی بصیر

«۵» فالمتعین حمل الروایة علی الکراهة.

(۱) کمـا نص علی ذلـک فی الجـواهر، و حکی عن الکرکی: أنه استشـکل فیه و لم یرجـح، ثمَّ قـال: «لکن وجه الترجیـح فیه واضـح. ضرورة

---

(۱) الوسائل باب: ۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۵.

(۳) الوسائل باب: ۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۴.

(۵) الوسائل باب: ۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۳.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسهٔ دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۱۲۲

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۲

[(مسألة ۱): لا یلحق بالتزویج فی العدة وطء المعتدة شبهة]

(مسألة ۱): لا یلحق بالتزویج فی العدة وطء المعتدة شبهة (۱) من غیر عقد، بل و لا زنا، إلا إذا کانت العدة رجعیة (۲)، کما سیأتی. و کذا إذا کان بعقد فاسد لعدم تمامیة أرکانه (۳). و أما إذا کان بعقد تام الأرکان و کان فساده لتعبد شرعی- کما إذا تزوج أخت زوجته فی عدتها، أو أمها، أو بنتها (۴)، أو نحو ذلک مما یصدق علیه التزویج و إن کان فاسدا شرعاً- ففی کونه کالتزویج الصحیح إلا من جهة کونه فی العدة، و عدمه، لأن المتبادر (۵) من الاخبار التزویج الصحیح مع قطع النظر عن کونه فی العدة، إشکال.

عدم الاندراج فی الأدلة، و الحکم مخالف للأصول، و القیاس محرم عندنا».

(۱) لخروجه عن مورد النصوص، فیبقی داخلا تحت عموم الحل.

(۲) فیکون من الزنا بذات العدة الرجعیة، و هو بنفسه سبب للتحریم الأبدی، کما سیأتی.

(۳) یعنی: عند العرف، فإنه حینئذ لا یصدق العقد، فلا یکون موضوعاً لنصوص التحریم.

(۴) ذکر الأم غیر ظاهر، لأنها محرمة أبداً قبل أن یتحقق العقد علیها. و کذلک الکلام فی ذکر البنت إذا کان قد دخل بالأم، فإن الربیبة المدخول بأمها حرام أبداً، و ان لم یتحقق العقد علیها.

(۵) بل هو الظاهر من الاخبار. بل فی التحریر: «و الظاهر أن مراد علمائنا بالعقد فی المحرم و العقد فی ذات العدة إنما هو العقد الصحیح الذی لو لا المانع ترتب علیه أثره». لکن فی الجواهر: «و فیه: أن لفظ التزویج و النکاح للأعم». و هو- کما تری- غیر ظاهر، و لذا لا نقول

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۳

و الأحوط الإلحاق فی التحریم الأبدی فیوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، و مع الدخول فی صورة الجهل.

[(مسألة ۲): إذا زوجه الولی فی عدة الغیر مع علمه بالحکم]

(مسألة ۲): إذا زوجه الولی فی عدة الغیر مع علمه بالحکم (۱)

به فی الشهادات، و فی الإقرارات، و الوصایا، و النذور، و غیرها. و کون لفظ التزویج کغیره من ألفاظ المعاملات و العبادات موضوعة للأعم لا للصحیح لا ینافی ظهوره فی مقام الاستعمال فی خصوص الصحیح. و لذا قال فی الجواهر فی مبحث عقد المحرم: «نعم قد یقال: إن المنساق من نصوص المقام و فتاواه العقد الصحیح فی نفسه، خصوصاً خبر ابن قیس

«۱». فلا عبرة بالفاسد کنکاح الشغار بل و لا بالفاسد لفقد شرط من شرائط الصحة، کالعربیة و نحوها. بخلاف ما لو کان فساده بالعدة، و البعل، و نحوهما مما هو کالإحرام فی الإفساد. فتأمل». و لم یتضح وجه الفرق فی التفصیل الذی ذکره بین أن یکون الفساد من جهة المهر، أو من جهة اللفظ، و بین أن یکون من جهة المحل. و مثله فی الاشکال ما ذکره فی التحریر أخیراً حیث قال: «أما العقد الفاسد، فان کان العاقد یعلم فساده، فلا اعتبار به.

و إن لم یعلم فساده- کمن اعتقد تسویغ نکاح الشغار لشبهة- ففی الاعتداد به إشکال، أقربه أنه کالصحیح». فإنه أیضاً تفصیل بلا فاصل ظاهر.

و أما

خبر الحکم بن عیینة: «سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة فی عدتها، قال (ع): یفرق بینهما، و لا تحل له أبداً» «۲».

فمع ضعفه فی نفسه، محمول علی خصوص مورده، فإن التعدی عنه الی غیره غیر ظاهر فی مقابل ما عرفت من الظهور.

(۱) یعنی: علم الولی.

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۴

و الموضوع، أو زوجه الوکیل فی التزویج بدون تعیین الزوجة کذلک لا یوجب الحرمة الأبدیة، لأن المناط علم الزوج (۱) لا ولیه أو وکیله. نعم لو کان وکیلا- فی تزویج امرأة معینة و هی فی العدة، فالظاهر کونه کمباشرته بنفسه (۲)، لکن المدار علم الموکل، لا الوکیل.

(۱) لأنه ظاهر الأدلة، و المفروض عدمه، و أن العالم هو الوکیل أو الولی لا غیر. و علی هذا لا موجب لتقیید الفرض بصورة عدم تعیین الزوجة، فلو عینها و لم یکن عالماً و کان الوکیل عالماً لم تحرم.

(۲) لم یتضح هذا الاستدراک. إذ لیس الکلام فی المباشرة و عدمها، و إنما الکلام فی صدق التزویج فی العدة مع علم الزوج، و هذا المعنی لا یفرق فیه بین تعیین الزوجة فی التوکیل و عدمه، فان الزوج إذا کان عالماً بأن فلانة فی العدة، فوکل علی التزویج بها، فزوجه الوکیل، صدق أنه تزوج امرأة فی عدتها و هو عالم، سواء کانت الوکالة علی تزویجها بالخصوص أم بالعموم، کما إذا قال: «زوجنی إحدی بنات زید أیاً منهن شئت»، و کان یعلم بأن واحدة منهن معینة فی العدة، فإنه یصدق أنه تزوج امرأة فی عدتها و هو عالم. و أما المباشرة فلیس فی الأدلة ما یشعر باعتبارها فی التحریم. لأن النصوص موضوعها أن یتزوج امرأة فی عدتها، و هذا المعنی حاصل فی صورتی المباشرة و عدمها. نعم لو کان موضوع الحکم أن یعقد علی امرأة فی عدتها، أمکن الإشکال فی صورة التوکیل، لعدم المباشرة فی العقد. لکن النصوص تضمنت التزویج. و لو فرض أن بعضها تضمن العقد، فالمراد منه التزویج. و علی فرض اعتبار المباشرة، فلا فرق بین صورتی تعیین الزوجة و عدمه فی عدم حصول المباشرة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۵

[(مسألة ۳): لا إشکال فی جواز تزویج من فی العدة لنفسه]

(مسألة ۳): لا إشکال فی جواز تزویج من فی العدة لنفسه (۱)، سواء کانت عدة الطلاق، أو الوطء شبهة، أو عدة المتعة، أو الفسخ بأحد الموجبات (۲) أو المجوزات له.

و العقد صحیح، إلا فی العدة الرجعیة، فإن التزویج فیها باطل لکونها بمنزلة الزوجة (۳). و إلا- فی الطلاق الثالث الذی یحتاج الی المحلل، فإنه أیضا باطل، بل حرام (۴) و لکن مع ذلک لا یوجب الحرمة الأبدیة، و إلا فی عدة الطلاق التاسع فی الصورة التی تحرم أبداً، و إلا فی العدة لوطئه زوجة الغیر

(۱) لأن العدة إنما شرعت للمنع عن التزویج من غیر ذی العدة احتراماً لذی العدة، فلا تمنع من تزویجه.

(۲) مثل الکفر، و الرضاع، و نحوهما مما یوجب انفساخ النکاح.

(۳) هذا غیر کاف فی المنع. لأن التنزیل یختص بالأحکام الشرعیة، و لا یشمل غیرها. و المنع من تزویج الزوجة إنما هو لأجل أن الزوجیة لا تقبل التأکد و لا التکرر، فیمتنع أن یترتب أثر علی العقد علی الزوجة.

فإذا کان الطلاق الرجعی یوجب زوال علقة الزوجیة و صیرورة المرأة أجنبیة، فلا مانع من حدوث الزوجیة لها بالعقد. و الزوجیة التنزیلیة- بمعنی:

ثبوت أحكام الزوجة- لا يمنع من الزوجية الحقيقية. و يترتب على صحة العقد ثبوت المهر، و استحقاقه بالدخول، و غير ذلک من أحكام الزوجية الحديثة، و إلا فهى ليست بذات بعل، و لا معتدة.

(۴) لم أقف على ما يدل على هذه الحرمة، إذ المذكور فى الكتاب [۱]

---

[۱] و هو قوله تعالى (فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَها فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يَتَراجَعا ..) البقرة: ۲۳۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۲۶

شبهة، لكن لا من حيث كونها فى العدة، بل لكونها ذات بعل. و كذا فى العدة لوطئه فى العدة شبهة إذا حملت منه، بناء على عدم تداخل العدتين، فان عدة وطء الشبهة حينئذ مقدمة على العدة السابقة التى هى عدة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، و بعد وضعه تأتى بتتمة العدة السابقة، فلا يجوز له تزويجها فى هذه العدة- أعنى: عدة وطء الشبهة- و إن كانت لنفسه، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلا بطل (۱)، و لكن فى إيجابه التحريم الأبدى إشكال (۲).

[(مسألة ۴): هل يعتبر فى الدخول الذى هو شرط فى الحرمة الأبدية فى صورة الجهل أن يكون فى العدة]

(مسألة ۴): هل يعتبر فى الدخول الذى هو شرط فى الحرمة الأبدية فى صورة الجهل أن يكون فى العدة، أو يكفى كون التزويج فى العدة مع الدخول بعد انقضائها؟

قولان (۳). الأحوط الثانى، بل لا يخلو عن قوة، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف الى الدخول فى العدة.

و السنة

«۱»: أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، و ذلک إنما يدل على بطلان العقد و عدم ترتب أثر عليه، لا حرمة العقد تكليفاً.

(۱) العمدة فيه: أنه معلوم من مذاق الشارع، و أن جعل العدة يقتضى عدم جواز التزويج إلا بعد انتهائها. و سيأتى نظير ذلک فى المسألة العاشرة.

(۲) و سيأتى منه فى نظيره فى المسألة العاشرة أن التحريم الأبدى لا يخلو من قوة. و لكنه غير ظاهر، كما سيأتى. فانتظر.

(۳) اختار أولهما فى المسالک، قال فيها: «وطء الجاهل بالتحريم بعد العدة لا يؤثر فى التحريم و إن تجدد له العلم، و إنما المحرم الوطء فيها،

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۷ من أبواب أقسام الطلاق.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۲۷

[(مسألة ۵): لو شک فى أنها فى العدة أم لا]

(مسألة ۵): لو شک فى أنها فى العدة أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزويج (۱)، خصوصاً إذا أخبرت بالعدم (۲)

أو العلم بالتحريم حالة العقد». و تبعه عليه فى الجواهر، و غيرها. و لا يخفى أن نصوص الباب مختلفة، فبعضها وارد فى صورة الدخول فى العدة، كمصحح الحلبى الأول

. و نحوه مصحح ابن مسلم

، و حسن حمران

، و غيرهما. و بعضها مطلق، كمصحح الحلبى الأخير

«۱». و لا- يخفى أن الأول لا يقوى على تقييد الثانى، لعدم التنافى فى الحكم بينهما. و حينئذ يتعين العمل بإطلاق الثانى. إلا أن يمنع إطلاقه، لاقتران المطلق بما يصلح للقرينية من جهة المناسبات الكلامية، إذ المقام نظير ما إذا تعقب المخصص جملا متعددة، فإن المخصص قرينة على تخصيص الأخير، و يصلح للقرينية على تخصيص ما قبل الأخير. و كذا فى المقام، فإنه لا فرق بين قولنا: «إذا جاءك زيد و أكرمك يوم الجمعة»، و قولنا: «إذا جاءك زيد يوم الجمعة و أكرمك» فى احتمال رجوع القيد إلى الجملة الأولى فى المثال الأول، و الى الجملة الثانية فى المثال الثانى. و لعل مثلهما ما إذا تقدم الظرف على الجميع، مثل: «إذا جاء يوم الجمعة و جاء زيد و أكرمك فاخلع عليه»، فان ذكر القيد صالح للقرينية على تقييد ما بعده فيسقط المطلق عن الإطلاق، و الصور الثلاث من باب واحد، و إن اختلفت فى الوضوح و الخفاء. و حينئذ يتعين الرجوع فى المقام الى عمومات الحل. و من ذلك تعرف الإشكال فى القول بالتحريم و إن كان الدخول فى خارج العدة لإطلاق الفتاوى كالنصوص، كما فى الرياض.

(۱) لأصالة عدم كونها فى العدة.

(۲)

ففى مصحح زرارة عن أبى جعفر (ع): «قال (ع):

---

(۱) تقدم التعرض لهذه النصوص فى أول الفصل.

و كذا إذا علم كونها فى العدة سابقاً و شك فى بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. و أما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها. و هل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك (۱). و إذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العدة، أو من غير التفات إليها ثمَّ أخبرت بأنها كانت فى العدة فالظاهر قبول قولها (۲)، و إجراء حكم التزويج فى العدة، فمع الدخول بها تحرم أبداً (۳).

العدة و الحيض للنساء، إذا ادعت صدقت» «۱».

و مقتضى الجمود على عبارة النص و إن كان تصديق المرأة فى دعوى وجود العدة و الحيض، فلا- عموم فيه لعدم العدة و عدم الحيض، لكن المنسبق منه العموم، و لا- سيما بملاحظة كون الابتلاء بالثانى أكثر، فيكون بيان حكمه أولى. مضافا الى ما دل على حجية قول ذى اليد على ما فى يده، فضلا عن نفسه، فإذا أخبر بطهارة بدنه أو نجاسته و نحوهما صدق، كما عليه سيرة العقلاء و المتشرعة.

فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح «۲». و من ذلك يظهر الوجه فى قوله (ره): «إذا أخبرت بالانقضاء».

(۱) لأن الاستصحاب يقوم مقام العلم الموضوعى إذا أخذ موضوعاً على نحو الطريقية، كما فيما نحن فيه. و تحقيق ذلك فى محله من الأصول.

(۲) للمصحح و غيره مما تقدم. بل هو المتيقن من المصحح كما عرفت.

(۳) لأن إطلاق دليل الحجية يقتضى ثبوت جميع الأحكام الثابتة للعدة، و لو بتوسط وقوع الدخول فيها. و ما فى بعض الحواشى من أنه أحوط، كأنه مبنى على عدم وضوح الإطلاق المذكور، لاحتمال اختصاص

(۱) الوسائل باب: ۴۷ من أبواب الحیض حدیث: ۱.

(۲) راجع الجزء: ۱ المسألة: ۶ من فصل ماء البئر.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۲۹

[(مسألة ۶): إذا علم أن التزویج کان فی العدة مع الجهل بها حکماً أو موضوعاً]

(مسألة ۶): إذا علم أن التزویـج کان فی العـدة مع الجهل بها حکماً أو موضوعاً، و لکن شک فی أنه دخل بها حتی تحرم أبـداً، أو لا؟ یبنی علی عدم الدخول (۱). و کذا إذا علم بعدم الدخول بها و شک فی أنها کانت عالمة أو جاهلة فإنه یبنی علی عدم علمها (۲)، فلا یحکم بالحرمة الأبدیة.

[(مسألة ۷): إذا علم إجمالا بکون إحدی الامرأتین المعینتین فی العدة]

(مسألة ۷): إذا علم إجمالا بکون إحـدی الامرأتین المعینتین فی العـدة، و لم یعلمها بعینها، وجب علیه ترک تزویجهما (۳) و لو تزوج إحداهما بطل (۴). و لکن لا یوجب الحرمة الأبدیة

حجیـة قولها بما إذا لم یعارض أصل الصـحة. و لـذا ذکر فی الشـرائع: أنه لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة فالقول قول الزوج. إذ الأصل صحة الرجوع. انتهی. و نحوه ما فی غیرها.
و فیه: أن الاحتمال المـذکور خلاف الإطلاق. نعم لو کان تاریـخ انقضاء العـدة معلوماً و تاریخ العقد مجهولا، فأخبرت بأن العقد کان فی العدة، لم یسـمع قولها، لأنه إخبار عن العقد، لا عن العدة. و یحتمل أن یکون وجه الإشـکال فی الفرض: أن قبول العقد منها إخبار منها بانتهاء العدة، فیکون إخبارها بالعدة منافیاً له. و فیه:- مع أن الفعل لا یدل علی شیء من ذلک، إلا من باب الحمل علی الصحة، و هو لاـ یعـارض الخبر اللاـحق- أنه لو سـلم التعارض یکون المرجع استصـحاب العـدة إلی حین وقوع العقـد فیبطل، و یقتضـی التحریم الأبدی مع الدخول.

(۱) لأصالة عدمه.

(۲) لأصالة عدم علمها.

(۳) للعلم الإجمالی، الموجب لتنجز المعلوم، فیجب فیه الاحتیاط.

(۴) لأصالة عدم ترتب الأثر علیه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳۰

لعدم إحراز کون هذا التزویج فی العدة (۱). نعم لو تزوجهما معا حرمتا علیه فی الظاهر (۲)، عملا بالعلم الإجمالی.

[(مسألة ۸): إذا علم أن هذه الامرأة المعینة فی العدة لکن لا یدری أنها فی عدة نفسه أو فی عدة لغیره]

(مسألة ۸): إذا علم أن هـذه الامرأة المعینـة فی العـدة لکن لا یدری أنها فی عدة نفسه أو فی عدة لغیره، جاز له تزویجها، لأصالة عدم کونها فی عدة الغیر (۳)، فحاله حال الشک البدوی.

[(مسألة ۹): یلحق بالتزویج فی العدة فی إیجاب الحرمة الأبدیة تزویج ذات البعل]

(مسألة ۹): یلحق بالتزویج فی العدة فی إیجاب الحرمة الأبدیة تزویج ذات البعل (۴)، فلو تزوجها مع العلم

---

(۱) المقام نظیر ما لو توضأ بأحد الإنائین المعلوم نجاسة أحدهما، فإنه یبنی فیه علی عدم ترتب الأثر، عملا باستصحاب الحدث، و لا یبنی علی نجاسة أعضاء الوضوء، لعدم إحراز نجاسة الماء، إلا إذا کانت الحالة السابقة نجاسة الإنائین معاً، بناء علی صحة استصحاب النجاسة، لعدم منافاته للعلم الإجمالی بطهارة أحدهما عملًا. و هنا أیضا لا یبنی علی الحرمة الأبدیة، لعدم إحراز کون العقد فی العدة، إلا إذا کانت الحال السابقة فی المرأتین معا أنهما فی العدة، و علم خروج إحداهما عنها و بقاء الأخری فیها، فان التحقیق جواز جریان الاستصحاب فیهما معاً لما لم ینافیا العلم عملا.

(۲) لأصالة عدم ترتب الأثر، و لا تجری أدلة الصحة، للعلم الإجمالی بالبطلان فی إحداهما.

(۳) و لا یعارضها أصالة عدم کونها فی عدة نفسه، لعدم الأثر له.

(۴) قال فی القواعد: «و لو تزوج بذات البعل، ففی إلحاقه بالمعتدة إشکال، ینشأ من عدم التنصیص، و من أولویة التحریم». و قد ذکر غیر واحد ممن تأخر عنه أن فی کل من الوجهین إشکالا. إذ الأولویة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳۱

.....

غیر ظاهرة، لما عرفت من احتمال أن یکون التحریم الأبدی، الذی هو حکم تعبدی، من آثار العدة بالخصوص، و إن کان لعلقة الزوجیة دخل فیه فی الجملة، لکن لا علی الاستقلال، و حینئذ لا مجال للقطع بالأولویة.

علی أنه لو ثبتت الأولویة کان العمل علیها، و عدم التنصیص لا یعارضها فإنها مقدمة علی أصالة الحل، أو عموم الحل. و أما عدم التنصیص فإشکاله أظهر، لورود النصوص المتضمنة للتحریم المؤبد،

ففی موثق أدیم بن الحر قال: «قال أبو عبد اللّه (ع). التی تتزوج و لها زوج یفرق بینهما، ثمَّ لا یتعاودان أبداً» «۱»

، و

موثق زرارة عن أبی جعفر (ع): «فی مرأة فقد زوجها أو نعی إلیها فتزوجت، ثمَّ قدم زوجها بعد ذلک فطلقها قال (ع): تعتد منهما جمیعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة، و لیس للآخر أن یتزوجها أبداً» «۲»

، و

موثقه الآخر عن أبی جعفر (ع): «قال (ع) إذا نعی الرجل إلی أهله أو أخبروها أنه قد طلقها، فاعتدت، و تزوجت فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخیر، دخل بها الأول أو لم یدخل بها. و لیس للآخر أن یتزوجها أبداً. و لها المهر بما استحل من فرجها» «۳»

، و

مرفوع أحمد بن محمد: «إن الرجل إذا تزوج امرأة و علم أن لها زوجاً فرق بینهما، و لم تحل له أبداً» «۴».

نعم یعارضها

صحیح عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الهًّا عن رجل تزوج امرأة و لها زوج و هو لا یعلم، فطلقها الأول، أو مات عنها، ثمَّ علم الأخیر، أ یراجعها؟ قال (ع): لا حتی تنقضی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۶.

(۴) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱۰.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۳۲

بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً مطلقاً، سواء دخل بها أم

عدتها» «۱».

فإنه أخص من الموثق الأول، لاختصاصه بصورة الجهل فيقيد به الموثق

، و يحمل على صورة العلم. كما أن بينه و بين الموثقين الآخرين عموماً من وجه، لاختصاصهما بصورة الدخول، بقرينة الاعتداد من الأخير فى أحدهما، و استحقاق المهر فى ثانيهما، و الصحيح لا يختص بها، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم، و هما لا يختصان بها.

و فى مورد المعارضة و هى صورة الجهل و الدخول يرجع الى أصالة الحل.

و فيه: أن الموثقين كما يختصان بصورة الدخول يختصان بصورة الجهل، فيكونان أخص مطلقاً من الصحيح، فيتعين حمله على صورة عدم الدخول.

و حينئذ يكون أخص مطلقاً من الموثق الأول فيقيد به، و تكون نتيجة الجمع عدم الحرمة فى صورة الجهل و عدم الدخول، و الحرمة فيما عداها.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره كاشف اللثام من أنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً، مع الجهل و العلم، و مع الدخول و بدونه، لإطلاقها.

نعم

فى صحيحه الآخر قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل تزوج امرأة، ثمَّ استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجا غائباً، فتركها. ثمَّ إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها، أ يتزوجها بعد هذا الذى كان تزوجها و لم يعلم أن لها زوجاً؟ قال (ع): ما أحب له أن يتزوجها حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» «۲».

و لعل المراد من الدخول فيه الخلوة بها، كما فى الوسائل، و إن كان بعيداً، فإنه أولى من التصرف فى النصوص السابقة. فتأمل.

و من الغريب ما وقع فى هذه المسألة، فقد عرفت ما فى القواعد-

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۳۳

لا. و لو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلا مع الدخول بها، من غير فرق بين (۱) كونها حرة أو أمة مزوجة، و بين الدوام و المتعة فى العقد السابق و اللاحق. و أما تزويج أمة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجة، فلا يوجب الحرمة الأبدية (۲) و إن كان مع الدخول و العلم.

[(مسألة ۱۰): إذا تزوج امرأة عليها عدة و لم تشرع فيها]

(مسألة ۱۰): إذا تزوج امرأة عليها عدة و لم تشرع فيها كما إذا مات زوجها و لم يبلغها الخبر فان عدتها من حين

و نحوه فی الروضة، و عن الإیضاح- من نفی النص فیها. و فی کشف اللثام أن مقتضی إطلاق الاخبار عموم التحریم. و فی الجواهر، و الریاض، و الحدائق، و غیرها لم یتعرض لهذا الصحیح و کیفیة الجمع بینه و بین النصوص.
هذا کله فی حکم الدخول مع الجهل. أما صورة عدم الدخول مع الجهل: ففی المسالک: أنه لا إشکال فی الحل، و فی الریاض: دعوی الإجماع علیه، و فی الحدائق: «لیس فیه خلاف یعرف». أما صورة العلم و الدخول: فالظاهر أنه لا إشکال فی التحریم الأبدی فیها- کما فی المسالک. و فی الریاض: «لا خلاف فیه». و نحوه کلام غیره- لأنه زنا بذات بعل، فیدخل فی المسألة الآتیة. ثمَّ إن الذی یظهر من صحیح ابن الحجاج
أن جهل الزوج مانع من الحرمة الأبدیة، و إن کانت المرأة عالمة. فالبناء علی الحرمة الأبدیة مع علم الزوجة لا یکون إلا من طریق الأولویة التی قد عرفت الاشکال فیها، أو بقاعدة الاشتراک، بناء علی جریانها فی المقام. و سیأتی الکلام فیه فی حکم التزویج حال الإحرام.
(۱) لإطلاق الأدلة، مع عدم ظهور خلاف فی ذلک.
(۲) للأصل، بعد خروجه عن مورد النصوص.
مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳۴
بلوغ الخبر- فهل یوجب الحرمة الأبدیة، أم لا؟ قولان (۱) أحوطهما الأول، بل لا یخلو عن قوة.

[(مسألة ۱۱): إذا تزوج امرأة فی عدتها و دخل بها مع الجهل]

(مسألة ۱۱): إذا تزوج امرأة فی عدتها و دخل بها مع الجهل، فحملت مع کونها مدخولة للزوج الأول، فجائت بولد، فان مضی من وطء الثانی أقل من ستة أشهر، و لم

(۱) قال فی القواعد: «و لو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحریم المؤبد». و نحوه فی المسالک. و علله فی کشف اللثام و الجواهر: بأنها لیست زوجة، و لا معتدة، لعدم الاعتداد علیها قبل العلم بالوفاة، فیرجع فیها إلی أصالة الحل. لکن فی الریاض: «لو تزوجها بعد هذا الزمان فی زمان العدة لاقتضی التحریم البتة، ففیه أولی، لأنه أقرب الی زمان الزوجیة. و المناقشة فی هذه الأولویة ممنوعة. فالتحریم لا یخلو من قوة». و فیه: أنه لا وجه للمنع عن المناقشة فی الأولویة، حیث لا دلیل علیها، إذ لم یثبت أن التحریم المؤبد مع التزویج فی العدة من جهة نفس علقة الزوجیة. إذ من الجائز أن یکون للعدة خصوصیة اقتضت ذلک، و ان کان لعلقة الزوجیة أیضاً دخل فی ذلک.
نعم لا ینبغی التأمل فی بطلان العقد، فان المفهوم من الأدلة أن ذات العدة لا یصح تزویجها إلا بعد انقضاء العدة، فما دامت العدة غیر منتهیة فعلاقة الزوجة للأول باقیة، و هی تنافی التزویج للآخر. و لأجل ذلک افترق المقام عما قبله، فان ما قبله لما کان حکماً تعبدیاً احتمل أن یکون للعدة دخل فیه. و أما المقام- و هو عدم صحة التزویج- فالذی تساعد علیه الأذواق العرفیة أنه من أحکام نفس الزوجیة للتمانع عندهم بین الزوجتین.
مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳۵
یمض من وطء الزوج الأول أقصی مدة الحمل لحق الولد بالأول (۱). و إن مضی من وطء الأول أقصی المدة و من وطء الثانی ستة أشهر أو أزید الی ما قبل الأقصی فهو ملحق بالثانی (۲). و إن مضی من الأول أقصی المدة و من الثانی أقل من ستة أشهر فلیس ملحقاً بواحد منهما (۳). و إن مضی من الأول ستة فما فوق، و کذا من الثانی، فهل یلحق بالأول،

(۱) قطعاً، کما فی المسالک و الجواهر. و قد صرح به الجماعة على نحو یظهر التسالم علیه. و یقتضیه
مرسل جمیل بن صالح [۱] عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «فی المرأة تزوج فی عدتها، قال (ع): یفرق بینهما و تعتد عدة واحدة منهما جمیعاً، و إذا جاءت بولد لستة أشهر أو أکثر فهو للأخیر، و إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول»
، و تقتضیه قاعدة الفراش، فان الزوج الأول حال انعقاد النطفة هو الفراش، فیکون الولد له.
(۲) قطعاً، کما فی المسالک و الجواهر. و بلا إشکال، کما فی الریاض، و یظهر من کلماتهم أنه لا خلاف فیه. لقاعدة الفراش، بناء على أن الواطئ شبهة فراش، لأن المراد به ما یقابل العاهر، و الواطئ شبهة غیر عاهر. مضافاً الى مرسل جمیل المتقدم
. (۳) بلا إشکال فیه عندهم. للعلم بانتفائه عنهما، لتولده فی خارج الحد.

[۱] فی هامش النسخة الخطیة: «کذا ذکر فی جامع الرواة و الوسائل» و قد روى الحدیث هکذا فی الوسائل فی باب: ۱۷ من أبواب أحکام الأولاد حدیث: ۱۳. و فی باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۴ رواه عن جمیل من دون نسبته إلى أبیه. لکن نقل عن الصدوق فی الموضعین روایته عن جمیل بن دراج.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۳۶

أو الثانی، أو یقرع؟ وجوه أو أقوال (۱)، و الأقوى لحوقه بالثانی، لجملة من الاخبار. و کذا إذا تزوجها الثانی بعد تمام العدة للأول، و اشتبه حال الولد.

(۱) حکى الأخیر عن المبسوط. و فخر الإسلام. لأن کلا منهما فراش، فتتعارض قاعدة الفراش فیهما، و لا ترجیح لأحدهما على الآخر، فیکون المقام من المشکل، فیرجع فیه الى القرعة لأنها لکل أمر مشکل. و فی الشرائع- فی بعض فروع السبب الأول من أسباب التحریم- اختار الإلحاق بالثانی، و اختاره فی القواعد، و المسالک، و کشف اللثام، و غیرها. و نسبه فی المسالک إلى الأکثر. للنصوص، منها مرسل جمیل المتقدم
، کما یقتضیه إطلاقه. و منها
صحیح الحلبی، عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا کان للرجل منکم الجاریة یطأها فیعتقها فاعتدت و نکحت، فان وضعت لخمسة أشهر فإنه لمولاها الذی أعتقها، و إن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخیر» «۱».
و
صحیح البزنطی عمن رواه عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل إذا طلق امرأته ثمَّ نکحت و قد أعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول، و إن کان ولد أنقص من ستة أشهر فلأمه و لأبیه الأول، و إن ولدت لستة أشهر فهو للأخیر» «۲»
، و
موثق أبی العباس قال: «قال: إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخیر، و إن کان لأقل من ستة أشهر فهو للأول» «۳».
و إن کان الأخیر لا یخلو من إجمال المورد. و ما قبله لیس مما نحن فیه، عدا المرسل. و کأنه لذلک و لضعف المرسل لم یعتد بالأخبار فی المسالک، و إنما اعتمد على قاعدة

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الأولاد حدیث: ۱.
(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الأولاد حدیث: ۱۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الأولاد حدیث: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۳۷

[(مسألة ۱۲): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزویج أو لا معه]

(مسألة ۱۲): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزویج (۱) أو لا ـ معه، و عدة الطلاق أو الوفاة أو نحوهما فهل تتداخل العدتان، أو یجب التعدد؟ قولان، المشهور على الثانی (۲).

و هو الأحوط. و إن کان الأول لا یخلو عن قوة (۳)، حملًا للأخبار الدالة على التعدد (۴) على التقیة. بشهادة خبر زرارة

، الفراش بناء منه على ترجیح تطبیقها على الثانی على تطبیقها على الأول، لأن الثابت أولى من الزائل. و فیه: أن المراد بالفراش: الفراش حال الانعقاد، و نسبته إلیهما متساویة، و الاحتمال بالنسبة الى کل منهما على السواء. لکن مرسل جمیل بن صالح رواه الصدوق فی الفقیه. عن جمیل بن دراج

«۱». و ظاهره أنه بلا إرسال. على أن الظاهر بناء الأصحاب على عدم الفصل بین الموارد.

(۱) یعنی: التزویج الباطل، و لذا کان الوطء شبهة.

(۲) و فی الجواهر: «یمکن دعوى الإجماع علیه، بل عن الشیخ فی الخلاف الإجماع علیه».

(۳) کما عن الصدوق، و ابن الجنید، و نسب فی الجواهر المیل إلیه إلى جماعة من متأخری المتأخرین.

(۴) یرید بها

صحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «المرأة الحبلى یتوفى عنها زوجها، فتضع و تتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر و عشراً، فقال: إن کان الذی تزوجها دخل بها فرق بینهما، و لم تحل له أبداً، و أعتدت بما بقی علیها من عدة الأول، و استقبلت عدة أخرى من الآخر

---

(۱) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة ۳۰۱ طبعة النجف الحدیثة، الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الأولاد ملحق حدیث: ۱۳، باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ملحق حدیث: ۱۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۳۸

و خبر یونس (۱).

ثلاثة قروء. و إن لم یکن دخل بها فرق بینهما، و أتمت ما بقی من عدتها، و هو خاطب من الخطاب» «۱».

و نحوه مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام

، و خبر علی بن جعفر عن أخیه»

«۲». و کلها واردة فی الحامل و قد مات عنها زوجها فوضعت و تزوجت قبل تمام الأربعة أشهر و عشرة أیام، و موثق محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع) فی الرجل یتزوج المرأة فی عدتها

«۳». و نحوه صحیح علی بن رئاب عن علی بن بشیر النبال عن أبی عبد اللّه (ع)

«۴». و دلالتها على وجوب الاعتداد للثانی بعد إتمام الاعتداد للأول ظاهرة.

(۱) أما الأول:

فرواه الشیخ بإسناده عن علی بن الحکم عن موسى بن بکر عن زرارة عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن امرأة نعی إلیها زوجها

فاعتـدت و تزوجت، فجاء زوجها الأول ففارقها الآخر کم تعتد للثانی؟ قال (ع): ثلاثة قروء، و إنما یسـتبرئ رحمها بثلاثة قروء، و تحل للنـاس کلهم. قـال زرارة: و ذلک أن أناساً قالوا: تعتـد عـدتین من کل واحـد عـدة، فأبی أبو جعفر علیه السـلام (ع) و قال: تعتـد ثلاثة قروء، و تحل للرجال» «۵».

و کأن السؤال فیه عن صورة مفارقة الزوج لها أیضاً بالطلاق. و أما خبر یونس: فهو ما

رواه فی الکافی عن یونس عن بعض أصحابه: «فی امرأة

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶، ۲۰.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۹.

(۴) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۸.

(۵) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۳۹

.....

نعی إلیها زوجها فتزوجت، ثمَّ قـدم الزوج الأول فطلقها، و طلقها الآخر قال: فقال إبراهیم النخعی: علیها أن تعتـد عدتین. فحملها زرارة الی أبی جعفر (ع)، فقال: علیها عدة واحدة» «۱».

و الخبران المـذکوران واردان فی ذات البعـل. و شـهادتهما بحمـل نصوص التعـدد الواردة فی المعتـدة علی التقیـة، و الأخـذ بنصوص التداخل- کما استظهره فی الحدائق- مبنیة علی کون المسألتین من باب واحد. و المراد بنصوص التداخل

صحیح زرارة عن أبی جعفر (ع): «فی امرأة تزوجت قبل أن تنقضی عدتها قال (ع):

یفرق بینهما و تعتد عدة واحدة منهما جمیعا» «۲».

و نحوه موثق أبی العباس عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳»، و مرسل جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع)

«۴». و نحوها موثق زرارة عن أبی جعفر (ع) المتقدم فی ذات البعل

«۵». هذه نصوص التداخل، مضافا الی الخبرین المذکورین فی المتن.

و عن الشـیخ: حمل نصوص التداخل علی عدم دخول الثانی، لعدم صراحتها فی الدخول، و صراحة نصوص التعدد فیه. و ضعفه ظاهر، کمـا ذکر جماعـة، إذ لاـ معنی للاعتـداد من الثـانی إذا لم یکن دخول منه. و حملهـا جماعـة آخرون علی التقیـة. و هو غیر ظـاهر، لما عرفت، و لما

حکی من أن طلیحـة کانت تحت رشـید الثقفی، فطلقها البتـة، فنکحت فی آخر عدتها، ففرق عمر بینهما، و ضـربها بالمخفقة و زوجها ضربات، ثمَّ قال: «أیما رجل تزوج امرأة فی عدتها، فان لم یکن دخل بها زوجها الذی تزوجها فرق بینهما

(۱) الوسائل باب: ۳۸ من أبواب العدد حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۲.

(۴) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۴.

(۵) راجع أول المسألة: ۹ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴۰

.....

و تأتی ببقیة عدة الأول، فإن شاء تزوجها. و إن کان دخل بها فرق بینهما، و تأتی ببقیة عدة الأول، ثمَّ تستأنف عدة الثانی، ثمَّ لا تحل له أبداً» «۱»

و قد ترجح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل. و فیه:

أن الغرض من الاعتداد استبراء الرحم من الولد، و هذا المعنى لا- یحتاج الى التعدد. مع أن ظاهر الأدلة اعتدادها متصلا بالسبب الموجب له، و هذا المعنى لا یقبل التعدد. فمقتضى ظاهر الأدلة الأولیة هو التداخل، فتکون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل.

فالعمدة حینئذ هو ثبوت صلاحیة نصوص التداخل للمعارضة و عدمه، فعلى الثانی: تسقط عن الحجیة، و لا حاجة الى توجیهها بالحمل على التقیة، أو عدم دخول الثانی، أو نحو ذلک. و على الأول: یمکن الجمع العرفی بینها و بین نصوص التعدد، بحمل الثانیة على الاستحباب، لأنه أبرأ للرحم و أحفظ للحقوق. و الانصاف یقتضی البناء على ذلک، لأن إعراض المشهور عنها لم یعلم أنه کان لاطلاعهم على خلل فی الدلالة، أو الصدور، أو لبنائهم على ترجیح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل عندهم، أو للاحتیاط، أو لأنها أشهر الروایتین، کما فی الشرائع. فلم یثبت ما یوجب سقوطها عن الحجیة، و لا سیما بملاحظة أنهم اعتنوا بها فوجهوها بما عرفت الذی قد عرفت إشکاله، و لم یطعنوا بها بما یوجب خروجها عن الحجیة.

و من الغریب أن الصدوق الذی نسب الیه القول بالتداخل فی کتاب المقنع- حیث قال فی آخر کتاب الإیلاء منه: «فإن نعی إلى المرأة زوجها فاعتدت و تزوجت، ثمَّ قدم زوجها فطلقها، و طلقها الأخیر، فإنها تعتد

(۱) کنز العمال الجزء: ۸ حدیث: ۴۹۴۹، سنن البیهقی الجزء: ۷ باب اجتماع العدتین صفحة: ۴۴۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴۱

و على التعدد یقدم ما تقدم سببه (۱)، إلا إذا کان إحدى العدتین بوضع الحمل فتقدم و ان کان سببها متأخراً (۲)، لعدم إمکان التأخیر حینئذ. و لو کان المتقدمة عدة وطء الشبهة

عدة واحدة ثلاثة قروء» و هو مضمون موثق زرارة الوارد فی ذات البعل- قال فی کتاب النکاح منه: «و إذا تزوج الرجل امرأة فی عدتها و لم یعلم، و کانت هی قد علمت أنه قد بقی من عدتها، ثمَّ قذفها بعد علمه بذلک، فان کانت علمت أن الذی عملت محرم علیها، فندمت على ذلک، فان علیها الحد حد الزانی، و لا أرى على زوجها حین قذفها شیئاً. فإن فعلت بجهالة منها ثمَّ قذفها ضرب قاذفها الحد، و فرق بینهما، و تعتد عدتها الأولى، و تعتد بعد ذلک عدة کاملة». و هو مضمون روایة علی بن بشیر المشار إلیها فی أخبار التعدد

. فنسبة القول بالتداخل الیه غیر ظاهرة. و لو أمکن التفکیک بین المسألتین، کان اللازم نسبة التداخل إلیه فی تزویج ذات البعل، و التعدد إلیه فی تزویج ذات العدة. لکن عرفت التسالم على عدم الفرق. فالکلامان متنافیان مع قرب ما بینهما.

(۱) بلا خلاف فیه فی الجملة، و لا إشکال. للأصل، و النصوص.

نعم إذا كانت معتدة للشبهة فمات زوجها، فقد احتمل فی المسالک تقديم عدة الوفاة، لکونها للزوج، و هی مستندة الى العقد اللازم. و كذا لو كانت معتدة للشبهة فطلقها زوجها، فقد احتمل تقديم عدة الطلاق، لکونها أقوى سبباً. و لكنه- كما ترى- خلاف الأصل. هذا و إذا اقترن السببان فبناء على التعدد يكون لها الخيار فی التقديم و التأخير، لعدم المرجح.

(۲) كما صرح بذلک فی الشرائع، و القواعد، و غيرهما. و فی غير موضع من الجواهر نفی الخلاف و الاشكال فيه، لما ذكر فی المتن.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴۲

و المتأخرة عدة الطلاق الرجعی فهل يجوز الرجوع قبل مجیء زمان عدته (۱)؟ و هل ترث الزوج إذا مات قبله فی زمان

---

(۱) كما اختاره فی كشف اللثام. لأن الرجعة استدامة، و هی لا تنافی الاعتداد من الغير. و تبعه عليه فی الجواهر. و الأصل فی ذلک ما فی المبسوط، قال: «إن مذهبنا أن له الرجعة فی زمان الحمل».

قال: «لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضی العدة، و هذه ما لم تضع الحمل و تكمل العدة الأولى، فعدتها لم تنقض، فتثبت الرجعة عليها. و له الرجعة ما دامت حاملا، و بعد أن تضع مدة النفاس و الى أن تنقضی عدتها بالأقراء». قال: «و إذا قلنا لا رجعة له عليها فی حال الحمل ما دامت حاملا، فاذا وضعت ثبت له عليها الرجعة، و إن كانت فی عدة النفاس لم تشرع فی عدتها منه، لأن عدة الأول قد انقضت، فثبت له الرجعة و إن لم تكن معتدة منه فی تلک الحال، كحال الحيض فی العدة». و فی القواعد: «إن له الرجعة فی الإكمال دون زمان الحمل».

و فی المسالک: «له الرجعة فی زمان إكمالها بعد الحمل، لا زمان الحمل، لأنها حينئذ ليست فی عدة رجعية».

أقول: العمدة فی الوجهين ثبوت إطلاق يقتضی صحة الرجوع ما دامت لم تخرج من العدة و عدمه. و الظاهر الأول، ففی صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع). قال: «سألته عن رجل طلق امرأته واحدة، قال (ع): هو أملک برجعتها ما لم تنقض العدة» «۱»

و

فی صحيحه الآخر عن أبی جعفر (ع): «و إذا أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضی أقراؤها» «۲»

، و

فی خبره عن أبی جعفر (ع): «هی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴۳

عدة وطء الشبهة؟ (۱) وجهان، بل قولان، لا يخلو الأول منهما من قوة. و لو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها فی زمان عدة الوطء قبل مجیء زمان

امرأته ما لم تنقض العدة» «۱»

، و

فی موثق ابن بكير و غيره عن أبی جعفر (ع) «و هو أحق برجعتها ما لم تنقض ثلاثة قروء» «۲»

، و

فی موثق عبد اللّه بن سنان عن عبد اللّه (ع): «فان طلقها الثانیة أیضاً فشاء أن یخطبها مع الخطاب إن کان ترکها حتى یخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ینقضی أجلها، فإن فعل فهی عنده على تطلیقتین» «۳»

.. الى غیر ذلک من النصوص التی لا تحصى لکثرتها. و إطلاقها یقتضی جواز الرجوع له فی المدة التی تکون بین الطلاق و عدته. و لم أقف عاجلا- على ما یدل على اعتبار کون الرجوع فی العدة، و لو فرض أمکن حمله على إرادة نفی الرجوع بعد العدة جمعاً، و یقتضیه ما

فی صحیح علی بن رئاب عن یزید الکناسی عن أبی جعفر (ع): «قال (ع): لا- ترث المختلعة و الخیرة، و المبارأة، و المستأمرة فی طلاقها، هؤلاء لا- یرثن من أزواجهن شیئاً فی عدتهن، لأن العصمة قد انقطعت فیما بینهن و بین أزواجهن من ساعتهن، فلا رجعة لأزواجهن و لا میراث بینهم» «۴».

(۱) هذه المسألة نظیر المسألة السابقة دلیلا، فقد ورد فی کثیر من النصوص أن المطلقة ترث زوجها إذا مات قبل انقضاء العدة، ففی صحیح زرارة عن أحدهما: «المطلقة ترث و تورث حتى ترى الدم الثالث،

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۵.

(۳) الوسائل باب: ۱ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۴۴

عدة الطلاق؟ وجهان لا یبعد الجواز بناء (۱) على أن الممنوع

فإذا رأته فقد انقطع» «۱»

، و

فی موثقه: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل یطلق المرأة، فقال (ع): یرثها و ترثه ما دام له علیها رجعة» «۲»

، و

فی روایة محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «و إن ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها و ورثته» «۳»

، و

فی موثق محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع): «أیما امرأة طلقت فمات عنها زوجها قبل أن تنقضی عدتها فإنها ترثه ثمَّ تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، و إن توفیت فی عدتها ورثها» «۴».

نعم ظاهر ذیله اعتبار الوفاة فی العدة.

و نحو غیره،

ففی صحیح زرارة عن أبی جعفر (ع): «إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما کانت فی العدة، فإذا طلقها التطلیقة الثالثة فلیس له علیها رجعة و لا میراث بینهما» «۵».

و نحوه غیره. و لا یبعد أن یکون الجمع بینهما بحمل الثانیة على کونه فی مقابل الموت بعد العدة، فإنه مقتضى مناسبة الحکم، کما فیما سبق.

(۱) قد تقدم من المصنف (ره): أنه لا یجوز التزویج بذات العدة و إن کانت عدة وطء الشبهة، و حکى فی کشف اللثام: الاتفاق على

أنه لیس لأجنبی أن ینکح امرأة فی عدة شبهة. و لذا فرض فی القواعد و غیرها المسألة فیما لو کانت عدة الطلاق البائن مقدمة، و اختار عدم جواز الرجوع إلیها فی عدة الطلاق بعقد جدید، لأنه إذا لم یجز تجدید العقد فی

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۵.

(۴) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۸.

(۵) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۱۰.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۴۵

فی عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها لا سائر الاستمتاعات بها کما هو الأظهر (۱). و لو قلنا بعدم جواز التزویج حینئذ للمطلق فیحتمل کونه موجباً للحرمة الأبدیة أیضاً، لصدق التزویج

عدة الوطء اللاحقة فعدم الجواز قبلها أولی. و لأن تجدید العقد یوجب انتهاء عدة الطلاق و دخول عدة الوطء، فیمتنع علیه الاستمتاع فلا یکون للعقد أثر، فیبطل. و المصنف فرض المسألة فیما لو تقدم الوطء علی الطلاق، و جواز تجدید العقد بعد الطلاق البائن فی تتمة عدة الوطء، لأنه لا مانع من العقد إلا دعوی أنه لا أثر للعقد، لحرمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً وطأ کان أو غیره. و قد قال فی القواعد: «و کل نکاح لم یتعقبه حل الاستمتاع کان باطلًا»، فاذا بنینا علی جواز سائر الاستمتاعات غیر الوطء لم یکن مانع من العقد.

(۱) و استوجهه فی الجواهر، لعدم الدلیل علیه یصلح لمعارضة ما دل علی الاستمتاع بالزوجة. و فیه: أن الظاهر من الاعتداد الامتناع عن ذلک، و بذلک افترقت العدة عن مدة الاستبراء. و لأجل ذلک لا یصح العقد علیها، فإنه أیضاً مفهوم من الأمر بالاعتداد، و لو لا ذلک لم یکن حرمة الوطء و سائر الاستمتاعات مانعاً من صحة العقد. و دعوی: أنه لا أثر له غیر ظاهرة، فان اعتبار الزوجیة یکفی فیه الآثار الأخری، مثل وجوب النفقة و التوارث، و حرمة الزوجة علی أب الزوج و ولده، و حرمة أمها علی الزوج، و غیر ذلک من الآثار. و لذا لو فرض عدم التمکن من الاستمتاع بالزوجة لم تبطل زوجیتها، و لم یمتنع تزویجها. و کذا لو فرض حرمة الاستمتاع بها بنذر و نحوه، فان ذلک لا یمنع من صحة التزویج بها، و لا یبطل زوجیتها.

فإذاً الأقوی حرمة جمیع الاستمتاعات بالموطوءة شبهة، و عدم جواز

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۴۶

فی عدة الغیر. لکنه بعید. لانصراف أخبار التحریم المؤبد عن هذه الصورة (۱).

هذا و لو کانت العدتان لشخص واحد، کما إذا طلق زوجته بائناً ثمَّ وطأها شبهة فی أثناء العدة، فلا ینبغی الإشکال فی التداخل (۲)، و إن کان مقتضی إطلاق بعض العلماء (۳) التعدد فی هذه الصورة أیضا.

[(مسألة ۱۳): لا إشکال فی ثبوت مهر المثل فی الوطء بالشبهة المجردة عن التزویج]

(مسألة ۱۳): لا إشکال فی ثبوت مهر المثل (۴) فی الوطء بالشبهة المجردة عن التزویج

التزویج بها، لأنه الظاهر من الأمر بالاعتداد ذلک، فان الاعتداد من المفاهیم المجملة التی أو کل الشارع معرفتها الی بیانه فی عدة الطلاق.

فکما أن المعتدة عدة الطلاق لا یجوز لغیر من له العدة العقد علیها، و لا الاستمتاع بها، کذلک المعتدة للوطء لا یجوز لغیر الواطئ العقد علیها، و لا الاستمتاع بها. و نظیره کثیر من المفاهیم الشرعیة التی أو کل بیانها الی البیان الصادر فی بعض الموارد، کما أشرنا الی ذلک فی جملة من المباحث من هذا الشرح.

(۱) یعنی: الانصراف إلی صورة سبق العدة بزوجیة العاقد. لکن دعوی هذا الانصراف غیر ظاهرة، و إن وافقه علیها شیخنا الأعظم (ره) فی رسالة النکاح. و إطلاق الفتوی یمنعه جداً، بل إنهم تعرضوا لمدة الاستبراء، و جعل بعضهم إلحاقها بالعدة محل إشکال، و بعضهم لم یلحقها بها، و لم یتعرضوا لعدة وطء الشبهة فلیس ذلک إلا لبنائهم علی العموم لها.

(۲) کما استوجهه فی الجواهر وفاقا للفاضلین.

(۳) بل الأکثر، کما فی الجواهر.

(۴) لأنه عوض الانتفاع بالبضع. و قد تضمنت ذلک النصوص

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۴۷

إذا کانت الموطوءة مشتبهة (۱) و إن کان الواطئ عالماً. و أما إذا کان بالتزویج ففی ثبوت المسمی أو مهر المثل قولان (۲)، أقواهما الثانی. و إذا کان التزویج مجرداً عن الوطء فلا مهر أصلا (۳).

[(مسألة ۱۴): مبدأ العدة فی وطء الشبهة المجردة عن التزویج]

(مسألة ۱۴): مبدأ العدة فی وطء الشبهة المجردة عن التزویج حین الفراغ من الوطء (۴). و أما إذا کان مع التزویج

---

(۱) إذ لو کانت عالمة کانت بغیاً، «و لا مهر لبغی»

. (۲) حکی أولهما عن الشیخ فی المبسوط، لأن العقد هو السبب فی ثبوت المهر، لأنه الوجه فی الشبهة، فکان کالصحیح المقتضی ضمان ما وقع علیه التراضی. و فیه: أن استحقاق المسمی إنما یکون بالعقد، فاذا فرض بطلانه لم یکن وجه لاستحقاقه. و کونه سبب الشبهة، لا یقتضی سببیة ضمان المسمی. و الرضا به إنما کان مبنیا علی العقد، فاذا بطل بطل.

فیتعین الضمان بمهر المثل. نظیر ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، فإنه یکون بالمثل، لا بالمسمی. نعم فی موثق أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع): «فان کان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» «۱».

و نحوه ما فی موثق سلیمان بن خالد

«۲». و لا یبعد أن یکون المراد منه جنس المهر، کما یشیر الیه التعلیل، لا المسمی، فان التعلیل لا یقتضیه.

(۳) للأصل مع عدم المقتضی له، إذ هو إما العقد، و إما الوطء، و کلاهما منتف.

(۴) کما فی الجواهر. لأنه السبب فی العدة، و ظاهر الأدلة کونها متصلة بالسبب، ففی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۴۸

فهل هو کذلک، أو من حین تبین الحال؟ وجهان (۱).

و الأحوط الثانی، بل لعله الظاهر من الاخبار.

[(مسألة ۱۵): إذا کانت الموطوءة بالشبهة عالمة]

(مسألة ۱۵): إذا کانت الموطوءة بالشبهة عالمة بأن کان الاشتباه من طرف الواطئ فقط- فلا مهر لها إذا کانت حرة، إذ لا مهر لبغی. و لو کانت أمة ففی کون الحکم کذلک

عن رجلین نکحا امرأتین، فأتی هذا بامرأة ذا و هذا بامرأة ذا، قال (ع):

تعتد هذه من هذا، و هذه من هذا، ثمَّ ترجع کل واحدة إلى زوجها» «۱».

و نحوه غیره.

(۱) للأول: ما سبق. و للثانی: أنه ظاهر النصوص المتضمنة للأمر بالاعتداد بعد التفریق، کما أشار الى ذلک فی المتن، ففی مصحح إبراهیم ابن عبد الحمید المروی فی الفقیه: أن أبا عبد اللّه (ع) قال فی شاهدین شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها، فتزوجت، ثمَّ جاء زوجها، قال (ع):

«یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج ثمَّ تعتد و ترجع الى زوجها الأول» «۲».

و قریب منه غیره. و الجمیع ینسبق الى الذهن منه أن الاعتداد بعد التفریق، و هو وقت تبین الحال. و لذلک مال فی الجواهر الى ذلک. و علله بعض: بأن الشبهة بمنزلة النکاح الصحیح، فزوال الشبهة بمنزلة الطلاق، فیکون الاعتداد منه. و هو- کما ترى- أشبه بالاستحسان. لکن لا یبعد أن یستفاد من النصوص المذکورة لزوم الاعتداد عند ارتفاع الشبهة، سواء کان هناک عقد فاسد اشتباهاً، أم لم یکن عقد و کان الاشتباه فی وقوعه لاعتقاد وقوعه، أو للاشتباه فی المعقود له أو علیه، و أن المدة

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب العیوب حدیث: ۲.

(۲) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة: ۳۵۵ طبعة النجف الحدیثة، الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

أو یثبت المهر لأنه حق السید، وجهان، لا یخلو الأول منهما من قوة (۱).

التی تکون فیها الموطوءة تحت سلطان الواطئ و فی حباله یستمتع بها و یضاجعها لیست جزءاً من العدة، فیکون مبدأ العدة فی جمیع الصور ارتفاع الاشتباه، لا حین الوطء.

(۱) کما اختاره فی الشرائع فی مباحث نکاح الإماء، قال (ره):

«إذا تزوج الحر أمة من غیر إذن المالک، ثمَّ وطأها قبل الرضا عالماً بالتحریم کان زانیا، و علیه الحد، و لا مهر لها إذا کانت عالمة مطاوعة». و فی کتاب الرهن قال: «و لو وطأ المرتهن الأمة مکرها لها کان علیه عشر قیمتها أو نصف العشر. و قیل: علیه مهر أمثالها. و لو طاوعته لم یکن علیه شیء»، و فی باب بیع الحیوان قال: «من أولد جاریة ثمَّ ظهر أنها مستحقة انتزعها المالک، و یجب على الواطئ عشر قیمتها إن کانت بکراً و نصف العشر إن کانت ثیباً. و قیل: یجب مهر أمثالها. و الأول مروی».

و کلامه الثانی یدل على نفی المهر و الأرش للمطاوعة، فیحمل علیه کلامه الأخیر، فیحمل على غیر المطاوعة، بناء على اتحاد المسألتین حکماً. و أما کلامه الأول فلا تعرض فیه للأرش و إنما یتعرض لنفی المهر.

و قد یظهر من ذلک أن الکلام فی مقامین. الأول: لزوم المهر للسید فی وطء الأمة مع علمها بعدم حلیة الوطء و عدم لزومه، الثانی: أنه على تقدیر عدم لزوم المهر یلزم الأرش للسید أو لا یلزم.

أما الكلام في الأول: فهو أنك عرفت ما ذكره المحقق. و تبعه عليه جماعة من نفي المهر. و وجهه: أما

النبوي المشهور: «لا مهر لبغي».

و إما لأن الانتفاع بالبضع مما لا يضمن كسائر الاستمتاعات، فكما لا يضمن الاستمتاع بالتقبيل و نحوه لا يضمن الاستمتاع بالوطء.

لكن ناقش في

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۵۰

.....

المسالك في شمول الخبر للإماء، بقرينة ذكر المهر الذي يكون للحرائر المتعارف إطلاقه على الصداق، بخلاف عوض بضع الأمة فإنه يسمى بالعقر، و لأجل ذلك سميت الحرة مهيرة، دون الأمة. و بقرينة اللام أيضا، فإنها ظاهرة في الملك، و هو لا يكون إلا في الحرة، فإن الأمة مهرها لسيدها.

و حمل اللام على الاختصاص خلاف الظاهر. و ناقش أيضا فيما بعده- و كذا في الجواهر- بأنه لا وجه لقياس الوطء على غيره من الاستمتاع، لو سلم الحكم في المقيس عليه، باعتبار عدم عده مالا- في الشرع و العرف، بخلاف الوطء المقابل به عرفاً و شرعاً. و يشكل: بأن عد الانتفاع بالبضع مالا شرعاً مصادرة، و مالا عرفاً غير ظاهر، إذ لا مجال لمقايسة ذلك باستخدام الرجل و المرأة، فإنه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم، لكونه مالا- و يعاوض عليه عند العرف، بخلاف الاستمتاعات الواقعة بين الرجل و المرأة، فإن استمتاع كل منهما بالآخر لا- يعد مالا- و لا يقابل بالمال، و ليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل في انتفاع الطرف الآخر، فكما لا يصح للرجل مطالبة المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه، لا يصح للمرأة مطالبة الرجل، فإن الاستفادة من الطرفين على نحو واحد، و في الطرفين لا يعد عرفاً من المنافع المقصودة المعاوض عنها. و لعله يظهر ذلك بأقل تأمل. فالقواعد العامة لا تقتضي ضمان المهر. و ما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر، كما سبق. و من ذلك يظهر ضعف ما عن الشيخ في المبسوط و ابن إدريس من لزوم المهر للسيد.

و أما الكلام في المقام الثاني: فهو أن الذي يظهر من كلام الشرائع في كتاب الرهن المتقدم عدم استحقاق الأرش على الواطئ. و عن جماعة استحقاقه. و اختاره في الرياض حاكياً له عن المقنع و النهاية و القاضي و ابن حمزة. و اختاره في الجواهر، و حكاه عن السيد في المدارك، بل

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۵۱

.....

نسبه الى فتوى المشهور فيمن اشترى أمة و وطأها ثمَّ ظهر أنها مستحقة لغير البائع،

لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد اللّٰه (ع): «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد

.. (الى أن قال):

و إن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها» «۱»

، و

صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد اللّٰه (ع): «فيمن أحل جاريته لأخيه، قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها،

قال (ع): لا ینبغی له ذلک. قلت: فان فعل أ یکون زانیاً؟ قال (ع): لا، و لکن یکون خائنا، و یغرم لصاحبها عشر قیمتها إن کانت بکراً، و إن لم تکن فنصف عشر قیمتها» «٢».

و إطلاقهما یقتضی عدم الفرق بین العالمة و الجاهلة. بل نسب الی ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم الفرق بینهما فیما لو تزوجها لدعواها الحریة فتبین أنها أمة. بل فی المسالک عن بعضهم: دعوى إجماع المسلمین علیه. فاذاً لا- مجال للتوقف فیه بعد ورود الصحیحین المذکورین به.

ثمَّ إنه قد ادعی اختصاص الصحیح الأول بصورة علم الأمة. لکنه ضعیف، لأن تدلیسها کونها أمة لا یستلزم العلم بحرمة الوطء. و کذلک الصحیح الثانی، لإمکان عدم اطلاع المحللة على ما وقع بین مالکها و المحلل له، فاطلاقهما بالنسبة إلى حالتی علم الأمة و جهلها محکم، نعم یختص الأول بصورة الشبهة فی الواطئ، و الثانی بصورة علمه، فتعمیم الحکم لهما فی محله. کما أنهما یختصان بموردهما. فالتعدی إلى غیرهما غیر ظاهر، إلا من

---

(١) الوسائل باب: ۶٧ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ١.

مستمسک العروة الوثقى، ج١۴، ص: ١۵٢

[(مسألة ١۶): لا یتعدد المهر بتعدد الوطء مع استمرار الاشتباه]

(مسألة ١۶): لا یتعدد المهر بتعدد الوطء (١) مع استمرار الاشتباه. نعم لو کان مع تعدد الاشتباه تعدد.

[(مسألة ١٧): لا بأس بتزویج المرأة الزانیة غیر ذات البعل]

(مسألة ١٧): لا بأس بتزویج المرأة الزانیة غیر ذات البعل للزانی (٢)،

جهة التعلیل بالاستحلال. و لا یخلو من تأمل، و إن کان هو الأظهر.

(١) کما استظهره فی الجواهر فی مبحث بیع الحیوان، لأنه ظاهر الصحیح الأول.

(٢) کما هو المشهور. و عن الخلاف: الإجماع علیه. لعمومات الحل، و لعموم:

«الحرام لا یحرم الحلال» «١»

، و خصوص

صحیح عبید اللّه ابن علی الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «أیما رجل فجر بامرأة ثمَّ بدا له أن یتزوجها حلالا، قال (ع) أوله سفاح و آخره نکاح، و مثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثمَّ اشتراها بعد فکانت له حلالا» «٢»

، و

صحیح أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثمَّ بدا له أن یتزوجها، فقال (ع): حلال، أوله سفاح و آخره نکاح، أوله حرام و آخره حلال» «٣».

و نحوهما غیرهما.

و عن الشیخین و جماعة: المنع إلا مع التوبة. و یشهد لهم جملة من النصوص،

کموثق عمار بن موسى عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن الرجل یحل له أن یتزوج امرأة کان یفجر بها؟ قال (ع): إن أنس منها

رشداً فنعم، و إلا فلیراودها علی الحرام، فان تابعته فهی علیه حرام،

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴، ۵ و باب: ۶ حدیث: ۶، ۹، ۱۱، ۱۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

و غیره (۱). و الأحوط الأولی أن یکون بعد استبراء رحمها

و إن أبت فلیتزوجها» «۱».

و نحوه غیره. و فیه- کما فی الجواهر-:

أنها قاصرة عن ذلک بالشهرة علی خلافها. و بموافقتها لابن حنبل، و قتادة.

و یشکل: بأن مخالفتها المشهور فی المقام لا یسقطها عن الحجیة. و کذلک موافقتها لابن حنبل، مع أنها مرویة عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه (ع)، و زمانهما متقدم علی زمان ابن حنبل، فلا مجال للاتقاء منه. فالجمع بین هذه النصوص و ما قبلها بالتقیید متعین، لو لا ما تقتضیه مناسبة الحکم و الموضوع، و ما فی صحیح الحلبی المتقدم من التمثیل، و ما ورد من جواز تزویج الزانیة- کما سیأتی- من الحمل علی التنزیه مخافة اختلاط المیاه و اشتباه الأنساب.

(۱) علی المشهور شهرة عظیمة، للنصوص الکثیرة، منها

صحیح علی بن رئاب المروی فی قرب الاسناد، قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن المرأة الفاجرة یتزوجها الرجل المسلم؟ قال (ع): نعم، و ما یمنعه؟! و لکن إذا فعل فلیحصن بابه مخافة الولد» «۲»

، و

خبر زرارة عن أبی جعفر (ع) قال: «سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فاذا الثناء علیها فی شیء من الفجور، فقال (ع): لا بأس بأن یتزوجها و یحصنها» «۳»

، و نحوهما غیرهما.

و عن الحلبی، و ظاهر المقنع: الحرمة. للایة الشریفة: (الزّانِی لا یَنْکِحُ إِلّا زانِیَةً أَوْ مُشْرِکَةً وَ الزّانِیَةُ لا یَنْکِحُها إِلّا زانٍ أَوْ مُشْرِکٌ وَ حُرِّمَ ذلِکَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ) «۴»، بدعوی ظهورها فی حرمة تزویج الزانیة لغیر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

(۳) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۴) النور: ۳.

بحیضة من مائه أو ماء غیره (۱) إن لم تکن حاملا. و أما

الزانی و المشرک، و حرمة التزویج من الزانی لغیر الزانیة و المشرکة. و فیه:

عدم ظهور کون الآیة الشریفة فی مقام تشریع التحلیل و التحریم، بل من الجائز کونها فی مقام الاخبار، و یکون المراد من النکاح الوطء إذ لو حمل علی تشریع التحلیل و التحریم کان مقتضاه جواز تزویج المسلم الزانی المشرکة، و جواز تزویج المشرک الزانیة المسلمة، و لم یقل به أحد، فلا بد من تنزیلها علی غیر هذا المعنی، و لا مجال حینئذ للاستدلال بها علی ما نحن فیه. و النصوص الآتیة ربما تشیر الی ذلک.

(۱) کما

فی موثق إسحاق بن جریر، عن أبی عبد اللّه (ع)، قال: «قلت له الرجل یفجر بالمرأة ثمَّ یبدو له فی تزویجها هل یحل له ذلک؟ قال (ع): نعم: إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن یتزوجها، و إنما یجوز له أن یتزوجها بعد أن یقف علی توبتها» «۱»

و فیما

رواه الحسن بن علی بن شعبة فی تحف العقول عن أبی جعفر محمد بن علی الجواد (ع): «أنه سئل عن رجل نکح امرأة علی زنا أ یحل له أن یتزوجها؟ فقال: یدعها حتی یستبرئها من نطفته و نطفة غیره، إذ لا یؤمن منها أن تکون قد أحدثت مع غیره حدثاً کما أحدثت معه، ثمَّ یتزوج بها إن أراد، فإنما مثلها مثل نخلة أکل منها رجل حراماً ثمَّ اشتراها فأکل منها حلالا» «۲».

و فی المسالک عن التحریر: لزوم العدة علی الزانیة مع عدم الحمل، ثمَّ قال: «و لا بأس به حذراً من اختلاط المیاه و تشویش الأنساب»، و اختاره

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴. لکنه راوه عن إسحاق ابن حریز.

(۲) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب العدد حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵۵

الحامل: فلا حاجة فیها الی الاستبراء (۱)، بل یجوز تزویجها و وطؤها بلا فصل. نعم الأحوط ترک تزویج المشهورة بالزنا (۲)

فی الوسائل، و الحدائق، للروایتین المذکورتین، المعتضدتین بعموم ما دل علی لزوم العدة بالدخول «۱»، و

قولهم (ع): «العدة من الماء» «۲».

و فی الجواهر لم یستبعد حمل الخبرین علی ضرب من الندب. و العمومات لا مجال للأخذ بها فی بعض الموارد إجماعاً. و الاشکال علیه ظاهر، إذ الأول: لا قرینة علیه و الثانی: لا یمنع من الأخذ بالعموم فی غیر مورد الإجماع. و کان الأولی الإشکال علی العمومات بأنها واردة فی العدة لغیر صاحب الماء، و قد تقدم أنه یجوز التزویج فی عدة نفسه. و أما الخبران:

فمخالفان للمشهور، فلا مجال للعمل بهما. علی أن الثانی منهما مرسل.

فتأمل. و أما إطلاق ما دل علی جواز تزویج الزانیة فلا نظر فیه الی المقام.

و لو فرض فهو مقید بما ذکر.

(۱) بلا إشکال ظاهر فیه، و لا خلاف، لعدم الدلیل علی لزوم العدة فیها. و النصوص المتقدمة لا تشملها، بل ظاهرها عدمها.

(۲) فقد ورد فی جملة من النصوص تفسیر الآیة الشریفة بها،

ففی صحیح زرارة قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن قول اللّه عز و جل:

(الزّانِی لٰا یَنْکِحُ إِلّٰا زٰانِیَةً أَوْ مُشْرِکَةً وَ الزّٰانِیَةُ لٰا یَنْکِحُهٰا إِلّٰا زٰانٍ أَوْ مُشْرِکٌ) «۳»، قال (ع): هن نساء مشهورات بالزنا، و رجال مشهورون

(۱) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب العدد حدیث: ۳. و باب ۵۴ من أبواب المهور حدیث: ۳، - ۴- ۸.

(۲) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب العدد حدیث: ۴. و باب: ۱ حدیث: ۱ و باب: ۵۴ من أبواب المهور حدیث: ۱.

(۳) النور: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵۶

إلا بعد ظهور توبتها. بل الأحوط ذلک بالنسبة إلی الزانی بها و أحوط من ذلک ترک تزویج الزانیة مطلقاً إلا بعد توبتها.

و یظهر ذلک بدعائها إلی الفجور، فإن أبت ظهر توبتها (۱).

[(مسألة ۱۸): لا تحرم الزوجة علی زوجها بزناها]

(مسألة ۱۸): لا تحرم الزوجة علی زوجها بزناها (۲)

بالزنا، قـد شـهروا بالزنا و عرفوا به، و الناس الیوم بذلک المنزل، فمن أقیم علیه حد الزنا، أو شـهر منهم بالزنا، لم ینبغ لأحد أن یناکحه حتی یعرف منه توبته» «۱»

، و نحوه خبر أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام

«۲» و خبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع)

«۳»، و

خبر حکم ابن حکیم عن أبی عبد اللّه (ع): «فی قول اللّه عز و جل (وَ الزّٰانِیَةُ لٰا یَنْکِحُهٰا إِلّٰا زٰانٍ أَوْ مُشْرِکٌ) قال: إنما ذلک فی الجهر، ثمَّ قال: لو أن إنسانا زنا ثمَّ تاب تزوج حیث شاء» «۴».

و

فی رسالة المحکم و المتشابه عن تفسیر النعمانی: «نزلت هذه الآیة فی نساء کنّ بمکة معروفات بالزنا، منهن سارة، و خیثمة، و رباب، حرم اللّه نکاحهن، فالآیة جاریة فی کل من کان من النساء مثلهن» «۵».

و عن المفید، و تلمیذه سلار:

الحرمة اعتماداً علی ما ذکر. لکن عرفت سابقاً أن الآیة لا یراد منها التشریع.

و الاخبار المذکورة تشیر الی ذلک، و أن المقصود منها التبکیت و الذم لنساء و رجال مشهورین بالزنا مواظبین علیه.

(۱) کما تقدم فی النصوص.

(۲) علی المشهور، للأصل، و لما ورد من أن الحرام لا یحرم

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ملحق حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۵) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵۷

و إن کانت مصرة علی ذلک. و لا یجب علیه أن یطلقها (۱).

[(مسألة ۱۹): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعة حرمت علیه أبداً]

(مسألة ۱۹): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعة حرمت علیه أبداً (۲)، فلا یجوز له نکاحها بعد موت زوجها

الحلال

«۱»، و

لروایة عباد بن صهیب عن جعفر بن محمد (علیهما السلام):

«قال: لا بأس أن یمسک الرجل امرأته إن رآها تزنی و إن لم یقم علیها الحد فلیس علیه من إثمها شیء» «۲».

و عن المفید و سلار: الحرمة.

و کأنه للایة الشریفة، التی قد عرفت الإشکال فی دلالتها علی التحریم ابتداء، فضلا عن الاستدامة. أو لجملة من النصوص الدالة علی حرمتها إذا زنت قبل الدخول،

کخبر الفضل بن یونس: «سألت أبا الحسن موسی (ع) عن رجل تزوج امرأة فلم یدخل بها فزنت، قال (ع):

یفرق بینهما، و تحد الحد، و لا صداق لها» «۳»

و نحوه غیره

«۴». لکنها أخص من المدعی. و لما لم یقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها.

(۱) للأصل، بل الظاهر أنه لا خلاف فیه، و لا قائل بوجوب الطلاق.

(۲) فی کشف اللثام: «قطع به الأصحاب إلا المحقق فی الشرائع».

و عن الانتصار. و الغنیة، و الحلی، و فخر المحققین: الإجماع علیه، و فی الریاض: حکایة الإجماع علیه عن جماعة، و فی الحدائق: حکایته عن غیر واحد و فی الشرائع: نسبته الی قول مشهور. و ظاهره التوقف فیه.

و حکی ذلک عن بعض المتأخرین، لعدم ثبوت الإجماع. و فی المسالک: عدم تحقق الإجماع علی وجه یکون حجة. ثمَّ استدل له بالأولویة، لأن العقد

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶، ۹، ۱۱، ۱۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب العیوب حدیث: ۲.

(۴) راجع الوسائل باب: ۶، ۱۷ من أبواب العیوب.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵۸

أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا کانت متعة. و لا فرق علی الظاهر (۱) بین کونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعل أو لا. کما لا فرق بین کونها حرة أو أمة، و زوجها حراً أو عبداً، کبیراً أو صغیراً، و لا بین کونها مدخولا بها من زوجها أو لا، و لا بین أن یکون ذلک بإجراء العقد علیها و عدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد، و لا بین أن تکون الزوجة مشتبهة أو زانیة أو مکرهة. نعم لو کانت هی الزانیة و کان الواطئ مشتبهاً فالأقوی عدم الحرمة الأبدیة (۲). و لا

علی ذات البعل مع العلم إذا کـان محرمـاً فالزنـا أولی، و إذا کـان الـدخول مع العقـد محرماً فالزنا أولی. و تبعه علی ذلک غیره. لکن القطع بالأولویة غیر حاصل. فالعمدة ظهور الإجماع. و توقف المحقق لا یدل علی انتفائه، و إنما یدل علی عدم ثبوته عنده.

و قد یستدل بما

فی الرضوی: «و من زنا بذات بعل محصـناً کان أو غیر محصن ثمَّ طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذی زنا بها أن یتزوج بها لم تحل له أبداً» «۱».

لکن الرضوی غیر حجـة. و مجرد الموافقـة للشـهرة غیر جـابرة. و نحوه مـا عن بعض المتأخرین من أنه قال: «روی أن من زنا بامرأة لها بعل، أو فی عدة رجعیة حرمت علیه، و لم تحل له أبداً».

(۱) لإطلاق معقد الإجماع، کما نص علی ذلک فی الجواهر.

(۲) و فی الجواهر: «فی الحرمة أبداً إشـکال، و إن کان ظاهر العبارات عدم شـموله، لاختصاص کلامهم بالزنا، فلا یشمل الشبهة. لکن یمکن

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۵۹

یلحق بـذات البعل الأمة المسـتفرشة و لا المحللة (۱). نعم لو کانت الأمـة مزوجـة فوطئها سـیدها لم یبعد الحرمة الأبدیة علیه (۲) و إن کان لا یخلو عن إشکال (۳). و لو کان الواطئ مکرهاً علی الزنا فالظاهر لحوق الحکم (۴)، و إن کان لا یخلو عن إشکال أیضا.

[(مسألة ۲۰): إذا زنا بامرأة فی العدة الرجعیة حرمت علیه أبداً]

(مسألة ۲۰): إذا زنا بامرأة فی العـدة الرجعیـة حرمت علیه أبـداً (۵)، دون البائنـة، و عدة الوفاة (۶)، و عـدة المتعة و الوطء بالشـبهة، و الفسخ. و لو شک فی کونها فی العدة أو لا

استفادته من حکم العقد علی ذات البعل، بناء علی الأولویة المزبورة، و أن حکمها الحرمة أبداً مع علمها دونه بمجرد العقد». و فیه: ما عرفت من الإشکال فی الأولویة بأنها غیر قطعیة.

(۱) کما نص علی ذلک فی الجواهر، و غیرها، لخروجهما عن معقد الإجماع، بل فی الجواهر: «لم نجد فیه خلافا».

(۲) لأنه زنا بذات بعل، فیدخل فی معقد الإجماع علی الحرمة.

(۳) کأنه من جهة احتمال الانصراف.

(۴) لإطلاق معقـد الإجمـاع، و إن کـان یحتمـل انصـرافه الی الوطء المحرم بالفعـل، الموجب للعقـاب، و هو منتف مع الإـکراه. لکن الانصراف ممنوع.

(۵) لما تقدم فی المسألة السابقة من الإجماع، و المرسل. و توقف فیه فی الشرائع. لکن لا مجال للتوقف، کما سبق بعینه.

(۶) لخروجها عن معقد الإجماع. لکن فی الریاض: «فیه نظر، لجریان بعض ما تقدم هنا، کالأولویة الواضحة الدلالة فی ذات العدة، بناء علی ما یأتی من حصول التحریم بالعقد علیها فیها مع العلم، و مع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۶۰

أو فی العـدة الرجعیـة أو البائنـة فلا حرمة ما دام باقیاً علی الشک (۱). نعم لو علم کونها فی عـدة رجعیـة و شک فی انقضائها و عـدمه

فالظاهر الحرمة (۲)، و خصوصاً إذا أخبرت هی بعدم الانقضاء (۳). و لا فرق بین أن یکون الزنا فی القبل أو الدبر (۴). و کذا فی المسألة السابقة.

[(مسألة ۲۱): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة حرمت علیه أمه أبداً]

(مسألة ۲۱): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة (۵) حرمت علیه (۶) أمه أبداً و إن علت،

الدخول فی حال الجهل». لکن عرفت الإشکال فی الأولویة.

(۱) للأصل المقتضی للبناء ظاهراً علی الحل.

(۲) لاستصحاب کونها فی العدة.

(۳) لأن اخبارها حجة، کما سبق.

(۴) للإطلاق.

(۵) کما نص علی ذلک فی القواعد، و المسالک، و جامع المقاصد، و الروضة و غیرها. و فی الریاض: «الاتفاق فی الظاهر واقع علیه». لصدق الإیقاب، و تقییده بتمام الحشفة فی وجوب الغسل لدلیله- مثل:

«إذا التقی الختانان وجب الغسل» «۱»

- لا یقتضی التقیید بذلک هنا، لحرمة القیاس. و دعوی الانسباق الی ما یحصل به حرمة المصاهرة فی غیر المقام، ممنوعة بنحو یعتد به.

(۶) إجماعا، کما عن الانتصار، و الخلاف. و فی المسالک: «أنه متفق علیه بین الأصحاب». و فی الریاض: حکایته عن الغنیة، و التذکرة، و شرح النافع للسید و غیرهم. و فی الجواهر: «هو فی أعلی درجات الاستفاضة أو التواتر». و یشهد له النصوص، منها صحیح ابن أبی عمیر عن بعض

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب الجنابة.

و بنته و إن نزلت (۱)، و أخته، من غیر فرق بین کونهما کبیرین أو صغیرین أو مختلفین (۲). و لا تحرم علی الموطوء

أصحابنا عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل یعبث بالغلام، قال (ع):

إذا أوقب حرمت علیه بنته و أخته» «۱»

، و

موثق إبراهیم بن عمر عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل لعب بغلام هل تحل له أمه؟ قال (ع):

إن کان ثقب فلا» «۲».

و نحوهما غیرهما.

(۱) نص علی ذلک فی القواعد، و حکی عن ابن إدریس. و تنظر فیه فی کشف اللثام، لعدم وضوح عموم الأم للجدة و البنت لبنت البنت.

و الأصل یقتضی الحل لو لا دعوی الاتفاق علیه، المحکیة عن جماعة.

(۲) أما إذا كان الواطئ صغيراً: فقد استشكل فيه فى القواعد و غيرها، لاختصاص النصوص بالرجل الذى لا يشمل الصغير، و لا إجماع على عدم الفصل بينه و بين الكبير، فيتعين الرجوع فيه الى أصالة الحل. خلافا للمحقق و الشهيد الثانيين و غيرهما، فالأقوى عندهم عدم الفرق، لعدم الفرق فى حكم المصاهرة بين البالغ و غيره، و لصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ، فيقال: «إنه رجل أوقب» و إن كان إيقابه سابقاً. و لأن التحريم فى النص خارج مخرج الغالب. و لكن الجميع غير ظاهر. بل الثانى خلاف الظاهر، فان الظاهر من قول القائل: «رجل أوقب» أنه أوقب حال كونه رجلا، و كذا كل عنوان أخذ موضوعاً للحكم، فان الظاهر منه المقارنة بين الحكم و بين العنوان، مثل قولنا: «مسافر صلى قصراً، و حاضر صلى تماماً»، و نحو ذلک. و من العجيب ما فى كشف اللثام فإنه استدل على الحكم بالصحيح و الموثق المتقدمين، ثمَّ ذكر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۷.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۶۲

أم الواطئ و بنته و أخته على الأقوى (۱). و لو كان الموطوء خنثى (۲) حرمت أمها و بنتها على الواطئ، لأنه إما لواط

فى وجه الإشكال الذى ذكره فى القواعد فقال: «من عموم الخبر الثانى و هو خيرة التحرير و الأصل و اختصاص الخبر الأول ..» مع أن الخبر الثانى أيضا خاص كالأول.

و أما عدم الفرق فى الموطوء بين الصغير و غيره: فهو المصرح به فى القواعد و غيرها، بل قد استظهر من عبارة جامع المقاصد: أنه من معقد إطباق الأصحاب، و من عبارة الروضة: أنه إجماع. و إن كان لا يخلو من نظر، لاحتمال رجوع الإجماع فى الثانى إلى النسب مقابل الرضاع، و رجوع الإطباق فى الأول إلى أصل الحكم. و كيف كان فالعمدة فى وجه الاشكال:

أن المذكور فى النصوص هو الغلام، و هو لا يشمل الشيخ و الكهل.

فالتعدى الى الرجل يحتاج إما الى فهم المثالية من الغلام، و المراد مطلق الذكر، أو الإجماع على عدم الفصل. لكن كلا من الأمرين معا غير ظاهر. و إن كان غير بعيد.

(۱) للأصل. و فى كشف اللثام و غيره عن الشيخ أنه حكى عن بعض الأصحاب التحريم عليه أيضا. و مأخذه غير ظاهر غير احتمال رجوع الضمير فى الاخبار لكل من الفاعل و المفعول. و فيه: أن المسؤول عن حكمه الواطئ، فالحكم- و هو التحريم- يكون عليه، و ضمير المخاطب بالحكم راجع اليه. نعم الضمير الآخر راجع الى الموطوء. فالقول المذكور ضعيف. و لا سيما بعد دعوى الإجماع على العدم، كما عن صريح التذكرة و ظاهر الروضة.

(۲) قال فى القواعد: «و لو أوقب خنثى مشكل، أو أوقب، فالأقرب عدم التحريم». و علله فى كشف اللثام بالأصل مع الشک فى

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۶۳

أو زنا (۱)، و هو محرم إذا كان سابقاً كما مر (۲). و الأحوط حرمة المذكورات على الواطئ و إن كان ذلک بعد التزويج (۳)

السبب، و وجه الخلاف الاحتياط، و تغليب جانب الحرمة، ثمَّ قال:

«نعم إن كان مفعولا و كان الإيقاب بإدخال تمام الحشفة لم يشكل تحريم الأم و البنت على القول بنشر الزنا الحرمة. و إن كان فاعلا حرمت عليه النساء قاطبة، كما حرم على الرجال، للإشكال فى الذكورية و الأنوثية.

على أن كلامهم فى إرث الخنثى المشكل إذا كان زوجاً أو زوجة يدل على الإباحة». لكن قد يدفع الإشكال الأول: بأن الكلام بالنظر

الی الإیقاب، و المقصود نفی الحرمة من جهته، لا من جهة الزنا.

(۱) لکن المحرم باللواط بنته التی تتولد من مائه، و المحرم بالزنا بنت الموطوءة التی تتولد منها، فاختلف المفهوم و المصداق، و حینئذ لا یحصل العلم بالتحریم إلا مع الابتلاء بالطرفین، من جهة العلم الإجمالی، و یکون التحریم فی کل منهما عقلیاً لا شرعیاً.

(۲) بل یأتی فی المسألة الثامنة و العشرین من الفصل الآتی.

(۳) کما عن ابن سعید فی الجامع، بل هو ظاهر جماعة ممن أطلق التحریم للمذکورات،

لمرسل ابن أبی عمیر عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «فی رجل یأتی أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت علیه المرأة» «۱»

، المعتضد بإطلاق نصوص الباب. و المشهور الحل فی الفرض، بل هو المذکور فی کلام جماعة مرسلین له إرسال المسلمات، بل فی کلام شیخنا أنه اتفاقی لا مخالف فیه فتوی و روایة، إلا ما یظهر من المرسل المذکور. و یتعین حمله علی کونها امرأته فی الحال دون زمان الإتیان، و إن کان خلاف الظاهر. و العمدة: أن المرسل المذکور فی نفسه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

خصوصاً إذا طلقها و أراد تزویجها جدیداً (۱).

لا دلیل علی حجیته، و إن کان المرسل ابن أبی عمیر، کما أشرنا الی ذلک فی مبحث النجاسات من هذا الشرح، فضلا عن ملاحظة دعوی الاتفاق أو الشهرة العظیمة علی خلافه.

(۱) أما إذا کان الطلاق بعد وقوع الإیقاب: فقد نسب فی الجواهر المیل الی عدم الجواز الی بعض الأفاضل، و لعله السید فی الریاض، فقد جعل احتمال التحریم أقوی، للإطلاقات المخصص بها الأصل و العموم.

لکن فی کشف اللثام: الأقرب عدم التحریم. و فی الجواهر: «یقوی الجواز، للاستصحاب». و فیه: أن استصحاب الحل الفعلی لا مجال له، للحرمة بالطلاق. و الاستصحاب التعلیقی لا یقین سابق بمؤداه، بل مقتضی استصحاب عدم ترتب الأثر علی العقد هو الحرمة. مع أن الاستصحاب لا مجال له مع إطلاق الأدلة. و الخروج عنها بالنسبة الی من سبق العقد علیها بعموم:

«الحرام لا یحرم الحلال» «۱»

، یختص بحال العقد، و لا یشمل ما بعد الطلاق. فالإطلاق بالنسبة إلیه محکم. کما ذکر فی الریاض.

أما إذا کان الطلاق قبل وقوع الإیقاب: فالحکم بالعدم فیه أظهر لعدم الحل حال الإیقاب، فلا یشمله

قوله (ع): «الحرام لا یحرم الحلال»

، فیبقی داخلا تحت الإطلاق. و لم أجد من تعرض لهذا الفرض إلا شیخنا فی رسالة النکاح، و قد استظهر فیه الحرمة، لما ذکر. و لم یتعرض للفرض السابق. و بالجملة: المستفاد من النصوص المتضمنة أن الحرام لا یحرم الحلال، أو لا یفسده، بعد ضم بعضها الی بعض و ملاحظة مواردها:

أن الحرام لا یرفع الحلیة، و لا تدل علی أنه لا یدفع الحلیة. و الفرضان المذکوران من الثانی، فالمرجع فیهما غیر النصوص المذکورة.

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶، ۹، ۱۱، ۱۲.

و الأم الرضاعية كالنسبية (١). و كذلك الأخت و البنت. و الظاهر عدم الفرق (٢) فى الوطء بين أن يكون عن علم و عمد و اختيار أو مع الاشـتباه، كما إذا تخيله امرأته، أو كان مكرهاً، أو كان المباشر للفعل هو المفعول (٣). و لو كان الموطوء ميتاً ففى التحريم إشكال (۴). و لو شـك فى تحقق الإيقاب و عـدمه بنى على العـدم (۵). و لا تحرم من جهـة هـذا العمل الشـنيع غير الثلاثة المذكورة (۶)، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء

---

(١) كما عن التحرير. و قواه فى الروضة و الرياض. و قربه فى كشف اللثام. و استظهره فى الجواهر. لعموم:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» «١»

، الموجب لثبوت حكم النسب للرضـاع. و من ذلـك يظهر ضـعف الإشـكال فى القواعـد، للأصل و الخروج عن ظاهر نصوص الباب، لاختصاصها بالنسبية لا غير. فان الدليل على الحرمة ليس أدلة الباب، و إنما هو عموم تنزيل الرضاع منزلة النسب.

(٢) للإطلاق، المعتضد بإطلاق الفتاوى.

(٣) يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبة الفعل الى الفاعل، و إنما تصح نسبته الى المفعول، فيخرج عن ظاهر النصوص.

(۴) كمـا فى القواعـد. و فى جامع المقاصـد: «لم يبعـد التحريم، لعموم النص». و فيه: أن الغلام حقيقـة فى الحى، و إطلاقه على الميت مجاز.

فعموم النص ممنوع. و عموم الحل يقتضى الجواز.

(۵) لأصالة العدم.

(۶) بلا خلاف أجده فيه، كما فى الجواهر.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۶۶

أو أخته أو أمه، و إن كان الأولى الترك فى ابنته (١).

[فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام]

اشارة

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسك العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج۱۴، ص: ۱۶۶

فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام لا يجوز للمحرم أن يتزوج (٢) امرأة محرمة

---

(١)

لمرسـل موسـى بن سـعدان عن بعض رجاله قال: «كنت عنـد أبى عبـد اللّه (ع) فقال له رجل: ما ترى فى شابين كانا مصـطحبين، فولد لهذا غلام و للآخر جارية أ يتزوج ابن هذا ابنة هذا؟ فقال (ع):

نعم، سبحان اللّه، لم لا یحل؟! فقال: إنه کان صدیقاً له، قال:

و إن کـان فلاـ بـأس، قـال: فـإنه کـان یفعل به، قال: فأعرض بوجهه، ثمَّ أجابه و هو متستر بـذراعه، فقال: إن کان الـذی کان منه دون الإیقاب فلا بأس أن یتزوج، و إن کان قد أوقب فلا یحل له أن یتزوج» «۱».

و لأجل إرساله، و عدم معرفة القائل به، لا مجال للاعتماد علیه.

فصل من المحرمات الأبدیة التزویج حال الإحرام

(۲) بلا خلاف و لا إشکال، و فی الجواهر: أن الإجماع بقسمیه علیه. و یشهد له غیر واحد من النصوص، منها ما رواه زرارة بن أعین، و داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه (ع)- فی حدیث-: «قال: و المحرم إذا تزوج و هو یعلم أنه حرام علیه لم تحل له أبداً» «۲».

و نحوه ما رواه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۳۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

أو محلة (۱)، سواء کان بالمباشرة أو بالتوکیل مع إجراء الوکیل العقـد حال الإحرام (۲)، سواء کـان الوکیل محرماً أو محلا، و کانت الوکالة قبل الإحرام أو حاله (۳). و کـذا لو کان بإجازة عقـد الفضولی الواقع حال الإحرام، أو قبله مع کونها حاله بناء علی النقل (۴)، بل علی الکشف الحکمی (۵)

أدیم بیاع الهروی عن أبی عبد اللّه (ع)

«۱». و فی کشف اللثام:

«الخبر و إن کان ضعیفاً لکن الأصحاب قطعوا بمضمونه، و حکی علیه الإجماع فی الانتصار، و الخلاف، و الغنیة».

(۱) للإطلاق. و کذا ما بعده.

(۲) یعنی: إحرام الموکل.

(۳) للإطلاق.

(۴) لتحقق التزویج حالها، و هو حال الإحرام.

(۵) الکشف الحکمی بمعنی أنه حال الإجازة یثبت مضـمون العقـد، و یجب ترتیب أحکام ثبوته من حین العقـد، فالمضـمون لما کان علی هـذا القول ثابتاً حال الإجازة، و هو حال الإحرام، کان التزویـج حال الإحرام، فیبطل و إن کانت أحکام المضـمون ثابتـة من حین العقد. نعم لا مانع من صـحة الإجازة بناء علی الکشف الانقلابی، الراجع الی أن زمان الإجازة هو زمان جعل المضـمون من حین العقد فالمجعول هو المضـمون من حین العقـد و إن کان جعله حین الإجازة، فإذا کان العقـد المجاز واقعاً حال الإحلال یکون التزویج واقعاً حینئـذ، فلاـ مـانع منه. اللهم الاـ أن یـدعی أن المستفاد من الأدلـة حرمـة جعـل التزویـج حـال الإـحرام و إن کان زمان المجعول حال الإحلال. و لأجل ذلک قال المصنف (ره): «بل الأحوط مطلقاً» یعنی:

---

(۱) أشار الی هذا الحدیث فی الوسائل باب: ۳۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

بل الأحوط مطلقاً. و لا إشكال فى بطلان النكاح فى الصور المذكورة (۱).

حتى على الكشف الحقيقى أو الكشف الانقلابى. و احتمله فى الجواهر، بناء على أنه نوع تعلق بالنكاح ممنوع منه، كما يشير اليه مرسل أبى شجرة: «فى المحرم يشهد على نكاح المحلين؟ قال (ع): لا يشهد. ثمَّ قال:
يجوز للمحرم أن يشير بصيد على محل؟» «۱».
ثمَّ قال: «و يحتمل الجواز، لأنه ليس تزويجاً حال الإحرام بناء على الكشف. و الأحوط الأول، و إن كان الثانى لا يخلو من قوة». و كأنه لضعف المرسل المانع من الخروج به عن عموم الصحة أو أصل البراءة. و أما ما سبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية، كنفس الزوجية. فغير بعيد من النصوص الآتية، المتضمنة أنه لا يتزوج و لا يزوج غيره، فاذا منع من أن يزوج غيره فأولى أن يمنع من أن يزوج نفسه.
(۱) ادعى عليه الإجماع غير واحد، و تشهد له النصوص
كصحيح ابن سنان عن أبى عبد اللّه (ع): «ليس للمحرم أن يتزوج، و لا يزوج.
و إن تزوج أو زوج محلا فتزويجه باطل» «۲»

، و
صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه، قال: «قال أبو عبد اللّه (ع): إن رجلا من الأنصار تزوج و هو محرم فأبطل رسول اللّه (ص) نكاحه» «۳»

، و
مصحح معاوية ابن عمار: «قال: المحرم لا يتزوج، و لا يزوج، فان فعل فنكاحه باطل» «۴»

، و
صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) «قال: قضى

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب تروک الإحرام حديث: ۸.
(۲) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب تروک الإحرام حديث: ۱.
(۳) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب تروک الإحرام حديث: ۴.
(۴) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب تروک الإحرام حديث: ۹.

و إن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبداً (۱)، سواء دخل بها أو لا (۲). و ان كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى (۳)،

أمير المؤمنين (ع) فى رجل ملک بضع امرأة و هو محرم قبل أن يحل فقضى أن يخلى سبيلها، و لم يجعل نكاحه شيئا حتى يحل. فإذا أحل خطبها إن شاء، و إن شاء أهلها زوجوه، و إن شاءوا لم يزوجوه» «۱»
الى غير ذلک مما يأتى بعضه.
(۱) إجماعا محكيا عن الانتصار و الخلاف و الغنية. و عن التذكرة، و المنتهى: نسبته إلى علمائنا. و يشهد له ما تقدم من روايات زرارة، و داود ابن سرحان، و أديم بياع الهروى، المعتضدة بإطلاق

خبر أدیم بن الحر الخزاعی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «إن المحرم إذا تزوج و هو محرم فرق بینهما، و لا یتعاودان أبداً» «۲».

(۲) لإطلاق النص و الفتوی.

(۳) کما هو المشهور شهرة عظیمة، کما یقتضیه الجمع بین مثل صحیح محمد بن قیس المتقدم

، و بین خبر أدیم بن الحر الخزاعی المتقدم

و نحوه، کخبر إبراهیم بن الحسن عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳»، فیحمل الأول علی صورة الجهل، و الأخیرة علی صورة العلم، بشهادة روایات زرارة، و داود ابن سرحان، و أدیم بیاع الهروی

. و من ذلک یظهر ضعف القول بالتحریم الأبدی کما عن الصدوق و سلار، اعتماداً علی إطلاق نصوص التحریم الأبدی، لما عرفت من کونها محمولة علی صورة العلم جمعاً.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۱.

دخل بها أو لم یدخل (۱)، لکن العقد باطل علی أی حال (۲) بل لو کان المباشر للعقد محرماً بطل و إن کان من له العقد محلا (۳). و لو کان الزوج محلا و کانت الزوجة محرمة فلا إشکال فی بطلان العقد (۴). لکن هل یوجب الحرمة الأبدیة فیه قولان. الأحوط الحرمة (۵)، بل لا یخلو عن قوة.

---

(۱) کما یقتضیه إطلاق صحیح محمد بن قیس

. و عن الخلاف و الکافی و الغنیة و السرائر و الوسیلة: الحرمة أبداً مع الدخول، و عن الأول: الإجماع علیه. و دلیله غیر ظاهر بعد ما عرفت. و الإلحاق بذات العدة لا مجال له، لأنه قیاس باطل. و الإجماع الذی ادعاه فی الخلاف موهون بمخالفة الأکثر:

(۲) لما عرفت.

(۳) لما عرفت من النصوص الصریحة فیه.

(۴) و فی المنتهی: أنه ذهب إلیه علماؤنا أجمع، لدخوله فی النصوص المتقدمة، بناء علی أن المراد من المحرم الجنس الشامل للمرأة، أو لقاعدة الاشتراک

(۵) کما عن الخلاف، مستدلا علیه بالإجماع، و الاحتیاط، و الأخبار، و أشکل علیه فی محکی الریاض بأن الاخبار لم نقف علیها. و دعوی الوفاق غیر واضحة. و الاحتیاط لیس بحجة.

و فی الجواهر: «قلت: یمکن إثباته بقاعدة الاشتراک. أو بإرادة الجنس من الألف و اللام فی بعض النصوص السابقة». ثمَّ استشکل فی الأول: بأن قاعدة الاشتراک تختص بما یصلح وقوعه منهما، و النصوص السابقة دلت علی تحریم تزویج المحرم، بمعنی: اتخاذه زوجة، و هذا المعنی یختص بالرجال، فلا تشمله قاعدة الاشتراک. و فی الثانی: بأن الجنسیة المرادة من الالف و اللام بمعنی الجنسیة فی المدخول، و المدخول هو المحرم المختص بالذکر، و الجنس منه لا یشمل الأنثی، و إنما الذی یشملها الجنس من الجامع بین

.....

الذکر و الأنثی، و هو غیر المدخول.

و حاصل الإشکال الأول: أن مفاد قاعدة الاشتراک تعمیم الخطاب المتوجه للرجال الی النساء مع المحافظة علی جمیع قیوده، فاذا امتنعت المحافظة علی القیود امتنعت قاعدة الاشتراک، فاذا ورد خطاب: «یا أیها الذین آمنوا أقیموا الصلاة» المختص بالرجال وجب تعمیمه الی النساء، فکأنه قیل أیضا: «یا أیها النساء أقمن الصلاة». و إذا ورد: «یا أیها الرجال أنفقوا علی زوجاتکم» لم یصح تعمیمه الی النساء بحیث یحکم بمضمون «یا أیها النساء أنفقن علی أزواجکن» لاختلاف قیود الموضوع. و کذلک فی المقام، فان مفاد نصوص المقام أنه یحرم علی الرجال المحرمین أن یتزوجوا النساء، فإذا بنی علی تعمیمه الی النساء فلا بد من اختلاف قیود الموضوع، إذ الموضوع حینئذ یحرم علی النساء المحرمات أن یتزوجن الرجال. و حاصل الإشکال الثانی: أن المراد من الجنس إن کان جنس المدخول فهو مختص بالجنس الذکری، و إن أرید الشامل للذکر و الأنثی فهو خلاف الظاهر محتاج إلی قرینة.

و دفع الإشکال الأول: بأن حرمة التزویج من أحکام نفس الإحرام المشترک بین الرجال و النساء، راجع الی التمسک بإطلاق الدلیل، لا عمل بقاعدة الاشتراک. مع أنه غیر ظاهر من عبارة النص بعد البناء علی ظهور المحرم فی الذکر، لأنه یکون من أحکام إحرام الذکر، لا مطلقاً. نعم یندفع بأن التزویج بالمعنی المضاف الی الذکر مضاف إلی الأنثی، و لیس هو بمعنی آخر. و حینئذ فإذا کان مطلق التزویج محرماً علی الذکر کان ذلک المعنی محرماً علی الأنثی بقاعدة الاشتراک، و لا مانع من جریانها حینئذ، نظیر: «یا أیها الذین آمنوا أقیموا الصلاة»، فإن قاعدة الاشتراک تقتضی وجوب الصلاة علی الإناث و إن کانت صلاة الإناث تخالف صلاة الذکور،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۲

و لا فرق فی البطلان (۱) و التحریم الأبدی بین أن یکون الإحرام لحج واجب، أو مندوب، أو لعمرة واجبة أو مندوبة، و لا فی النکاح بین الدوام و المتعة.

[(مسألة ۱): لو تزوج فی حال الإحرام مع العلم بالحکم]

(مسألة ۱): لو تزوج فی حال الإحرام مع العلم بالحکم لکن کان غافلا عن کونه محرماً أو ناسیا له فلا إشکال فی بطلانه (۲)، لکن فی کونه محرماً أبداً إشکال (۳).

و الأحوط ذلک.

[(مسألة ۲): لا یلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزویج فی التحریم الأبدی]

(مسألة ۲): لا یلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزویج فی التحریم الأبدی، فلا یوجبه و إن کان مع العلم بالحرمة و العمد (۴).

[(مسألة ۳): لو تزوج فی حال الإحرام و لکن کان باطلا من غیر جهة الإحرام]

(مسألة ۳): لو تزوج فی حال الإحرام و لکن کان باطلا من غیر جهة الإحرام کتزویج أخت الزوجة أو الخامسة- هل یوجب التحریم أو لا؟ الظاهر ذلک (۵)،

لأن الواجب علی الذکور طبیعة الصلاة، فکذا فی المقام.

(۱) کما صرح به غیر واحد. لإطلاق النصوص و الفتاوی. و کذا لا فرق بین کون الإحرام لنفسه أو غیره.

(۲) لإطلاق النصوص.

(۳) لمنافاة الغفلة و النسیان للعلم بکونه حراماً علیه.

(۴) کما نص علی ذلک فی الجواهر. و حکی عن بعض الإجماع علیه.

للأصل من غیر معارض، لاختصاص الأدلة المتقدمة بغیره. مضافاً الی عموم عدم تحریم الحرام الحلال.

(۵) تقدم فی المسألة الاولی من الفصل السابق الکلام فی نظیر المسألة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۳

لصدق التزویج، فیشمله الاخبار. نعم لو کان بطلانه لفقد بعض الأرکان بحیث لا یصدق علیه التزویج لم یوجب.

[(مسألة ۴): لو شک فی أن تزویجه هل کان فی الإحرام أو قبله]

(مسألة ۴): لو شک فی أن تزویجه هل کان فی الإحرام أو قبله بنی علی عدم کونه فیه (۱)، بل و کذا لو شک فی أنه کان فی حال الإحرام أو بعده، علی إشکال (۲). و حینئذ فلو اختلف الزوجان فی وقوعه حاله، أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً. قدم قول من یدعی الصحة (۳)، من غیر

و قد تقدم منه (ره) التوقف. و تقدم أن الظاهر عدم التحریم، لأن الظاهر من التزویج: التزویج الصحیح، کما یظهر ذلک من ملاحظة باب الشهادة، و الإقرار، و الوصیة و النذر، و الوقف، و نحوها، فان التزویج فی جمیع ذلک و غیره یراد منه الصحیح. و أما خبر الحکم بن عیینة: «سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة فی عدتها قال: یفرق بینهما، و لا تحل له أبداً» «۱»

، فضعیف. مع أنه مجمل من حیث أن السبب فی التحریم الأبدی التزویج فی حال الإحرام، أو کونه فی العدة، أو هما.

و وارد فی مورد خاص لا یمکن استفادة قاعدة منه. فراجع ما سبق.

(۱) لأصالة صحة العقد، المعتضد بأصالة عدم الإحرام فی صورة ما إذا کان تاریخ العقد معلوماً و تاریخ الإحرام مجهولا.

(۲) کأنه لأصالة بقاء الإحرام إلی حین العقد. و فیه: أنه لا یطرد فی صورة ما إذا کان تاریخ الإحرام معلوماً و تاریخ العقد مجهولا. مع أن أصالة الصحة مقدمة علی الاستصحاب.

(۳) کما فی الشرائع و غیرها، بل هو المعروف بینهم. لأصالة الصحة

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۴

فرق بین جهل التاریخین أو العلم بتاریخ أحدهما (۱). نعم لو کان محرماً و شک فی أنه أحل من إحرامه أم لا، لا یجوز له

فی کل فعل یحتمل فیه الصحة و الفساد، بمعنی لزوم ترتیب آثار الصحة.

فإنها من القواعد العقلائیة، و لا فرق فیها بین فعل نفسه و فعل غیره، و لا بین فعل المسلم و غیره. و تشیر إلیها بعض النصوص. و هی غیر حمل فعل المسلم علی الصحة التی هی من الأحکام الأدبیة الاجتماعیة الاستحبابیة، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن، و فعل الغیر، الملحوظ فیها الحمل النفسانی فقط، أعنی: الحمل فی نفسه علی ما لا یکون معصیة. و یشهد بها جملة من النصوص. و من ذلک یظهر ما بین القاعدتین من الاختلاف مفهوماً، و مورداً، و دلیلا. و حکماً.

و لأجل ذلک یشکل ما ذکر فی المدارک من النظر أولا، بأنها إنما تتم إذا کان المدعی لوقوع الفعل فی حال الإحرام عالماً بفساد ذلک، أما مع اعترافهما بالجهل فلا وجه للحمل علی الصحة. و ثانیاً: بأن کلا منهما یدعی وصفاً ینکره الآخر، فتقدیم أحدهما یحتاج

الی دلیل. فان ما ذکره مبنی علی أن المراد بأصالة الصحة المعنی النفسانی، الذی لا یجری مع الجهل و العذر، و لا یکون من یوافقه منکراً و خصمه مدعیاً.

(۱) فإنه إذا جهل تاریخ الإحرام و علم تاریخ العقد صح جریان أصالة عدم الإحرام إلی حین العقد، فیثبت کون العقد فی حال عدم الإحرام، فیصح و لو لم تجر أصالة الصحة. و إذا انعکس الأمر فأصالة عدم العقد الی حین الإحرام لا یثبت بها وقوع العقد حال الإحرام، فیتعین الرجوع الی أصالة الصحة. و إذا جهل التاریخان فالمرجع أصالة الصحة، سواء قلنا بأن مجهولی التاریخ لا یجری الأصل فیهما ذاتاً، أم قلنا بأنه یجری لکن یسقط فیهما للمعارضة، فإن المرجع أصل الصحة علی کل من القولین.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۵

التزویج، فان تزویج مع ذلک بطل، و حرمت علیه أبدا، کما هو مقتضی استصحاب بقاء الإحرام (۱).

[(مسألة ۵): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحکم و الموضوع]

(مسألة ۵): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحکم و الموضوع، ثمَّ انکشف فساد إحرامه، صح العقد و لم یوجب الحرمة (۲). نعم لو کان إحرامه صحیحاً فأفسده ثمَّ تزوج ففیه وجهان (۳): من أنه قد فسد. و من معاملته معاملة الصحیح فی جمیع أحکامه.

[(مسألة ۶): یجوز للمحرم الرجوع فی الطلاق]

(مسألة ۶): یجوز للمحرم الرجوع فی الطلاق (۴)

---

(۱) و لا یجری أصل الصحة. لاختصاص جریانه بصورة حدوث الشک بعد العمل، و المفروض فی المقام الشک حال العمل.

(۲) لتبین انتفاء موضوع البطلان و التحریم.

(۳) فی الجواهر عن غیر واحد التصریح بإلحاق الإحرام بعد إفساده بالصحیح. و لعله لمعاملته معاملة الصحیح فی جمیع الاحکام، انتهی. أقول:

المذکور فی کلامهم أن من جامع امرأته فی إحرام العمرة قبل السعی فسدت عمرته، و حکی علیه الاتفاق، و النصوص به وافرة. و مقتضاه عدم ترتب آثار الإحرام مطلقاً. لکن المصرح به فی کلام جماعة وجوب الإتمام.

و ذلک یدل علی عدم البطلان بالمرة. و لعله لبنائهم علی استصحاب بقاء الإحرام، لکنه خلاف ظاهر النصوص المتضمنة للفساد. أو للأمر بإتمام الحج و العمرة، لکنه غیر ظاهر، لاختصاصه بالصحیحین، فلا یشمل الفاسدین. نعم تشعر بعض النصوص بأن الفساد یراد به الفساد فی الجملة.

و الکلام فی ذلک موکول الی محله.

(۴) بلا إشکال و لا خلاف، کما فی الجواهر، لخروجه عن موضوع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۶

فی العدة الرجعیة. و کذا تملک الإماء (۱).

[(مسألة ۷): یجوز للمحرم أن یوکل محلا فی أن یزوجه بعد إحلاله]

(مسألة ۷): یجوز للمحرم أن یوکل محلا فی أن یزوجه بعد إحلاله (۲). و کذا یجوز له أن یوکل محرماً فی أن یزوجه بعد إحلالهما (۳).

[(مسألة ۸): لو زوجه فضولی فی حال إحرامه لم یجز له إجازته فی حال إحرامه]

(مسألة ۸): لو زوجه فضولی (۴) فی حال إحرامه لم یجز له إجازته فی حال إحرامه. و هل له ذلک بعد إحلاله الأحوط العدم، و لو علی القول بالنقل (۵). هذا إذا کان

نصوص التحریم، فیبقی داخلا تحت أصالة الحل و عمومه، مثل قوله تعالی:

(وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ) «۱».

(۱) بلا خلاف أیضا، لما ذکر فیما قبله. و یشهد له

صحیح سعد ابن سعد الأشعری القمی عن أبی الحسن الرضا (ع): «سألته عن المحرم یشتری الجواری و یبیعها؟ قال (ع): نعم» «۲».

(۲) بلا إشکال و لا خلاف أیضا، لما سبق. و قد صرح به الأصحاب من دون تعرض لشبهة فیه و تأمل.

(۳) لما عرفت. لکن استثناها بعض من الجواز. و لعله لعدم قابلیة المحرم لإیقاع الموکل فیه حال التوکیل، الموجب للمنع من صحة الوکالة.

و فیه: أنه لا دلیل علی منع ذلک، و لیس المنع الشرعی بأقوی من المنع العقلی، مع أنه غیر مانع عن صحة الوکالة.

(۴) تقدم الکلام فیه فی أول الفصل.

(۵) هذا الاحتیاط ضعیف إذ علی هذا القول یکون التزویج حال الإحلال إنشاء و منشأ، و لا یرتبط بالإحرام. نعم علی القول بالکشف

---

(۱) البقرة: ۲۲۸.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۷

الفضولی محلا، و الا فعقده باطل (۱) لا یقبل الإجازة و لو کان المعقود له محلا.

[فصل فی المحرمات بالمصاهرة]

اشارة

فصل فی المحرمات بالمصاهرة و هی علاقة بین أحد الطرفین مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجیة أو الملک عیناً أو انتفاعا (۲)، بالتحلیل، أو الوطء شبهة أو زنا، أو النظر و اللمس فی صورة مخصوصة.

الحقیقی یکون التزویج حال الإحرام إنشاء و منشأ. و علی الکشف الانقلابی یکون التزویج حال الإحرام منشأ، لا- إنشاء. و علی الکشف الحکمی لا یکون التزویج حال الإحرام لا إنشاء، و لا منشأ، و إنما محض جعل الاحکام. و تحریم ذلک غیر ظاهر.

(۱) لما عرفت من النصوص المتضمنة أنه لا یتزوج و لا یزوج. لکن الظاهر جریان أحکام الصور المتقدمة هنا بعینها، فیصح بناء علی النقل و الکشف الحکمی، و لا یصح بناء علی الکشف الحقیقی و الکشف الانقلابی.

و لا فرق بین المسألتین، کما یظهر بالتأمل.

فصل فی المحرمات بالمصاهرة

(۲) الذی یظهر من المصاهرة لغة و عرفا اختصاصها بالزوجیة، کما اعترف به فی الجواهر، و شیخنا الأعظم. و یشیر الیه قوله تعالی: (وَ

هُوَ

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۸

[(مسألة ۱): تحرم زوجة کل من الأب و الابن علی الآخر]

(مسألة ۱): تحرم زوجة کل من الأب و الابن علی الآخر (۱)، فصاعداً فی الأول و نازلا فی الثانی (۲)، نسبا

الَّذِی خَلَقَ مِنَ الْمٰاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَ صِهْراً) «۱». لکن فی المسالک عممها لما یحدث بالنظر، و اللمس، و الوطء، علی وجه مخصوص. و أخرج وطء الأمة، و الشبهة، و الزنا، و أنکر أن تکون الحرمة فیها من باب المصاهرة. و فی الشرائع: «و هی تتحقق مع الوطء الصحیح، و تشکل مع الزنا، و الوطء بالشبهة، و النظر، و اللمس». و کأن مراده بالوطء الصحیح الوطء الناشئ عن عقد و لو تحلیلا، و إلا فالوطء بالشبهة من الوطء الصحیح أیضا. کما أن مراده بیان مجرد التحقق بالوطء، لا الحصر به، و إلا فهی تتحقق بالعقد أیضا، کما سیأتی. و المصنف (ره) جعل التحریم فی جمیع ذلک من باب المصاهرة، جریاً علی ما بنی علیه الأصحاب من ذکر الحرمة فی جمیع ذلک فی باب أحکام المصاهرة. و إلا فقد عرفت معناها لغة و عرفاً.

و من ذلک یظهر أن التفصیل بین الأسباب المذکورة غیر ظاهر.

(۱) إجماعا بل لعله ضروری من ضروریات الإسلام. و یشهد به قوله تعالی (وَ لٰا تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ)، و قوله تعالی: (وَ حَلٰائِلُ أَبْنٰائِکُمُ الَّذِینَ مِنْ أَصْلٰابِکُمْ) «۲».

(۲) إجماعاً. و یشهد له بعض النصوص،

ففی صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه قال: لو لم تحرم علی الناس أزواج النبی (ص) لقول اللّه عز و جل (مٰا کٰانَ لَکُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللّٰهِ وَ لٰا أَنْ تَنْکِحُوا أَزْوٰاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً) حرمن علی الحسن و الحسین بقول اللّه عز و جل (وَ لٰا تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ)، و لا یصلح للرجل أن ینکح امرأة

---

(۱) الفرقان: ۵۴.

(۲) النساء: ۲۲، ۲۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۷۹

أو رضاعا (۱)، دواماً أو متعة (۲)، بمجرد العقد و إن لم یکن دخل (۳). و لا فرق فی الزوجین و الأب و الابن بین الحر و المملوک (۴).

[(مسألة ۲): لا تحرم مملوکة الأب علی الابن و بالعکس]

(مسألة ۲): لا تحرم مملوکة الأب علی الابن و بالعکس (۵) مع عدم الدخول و عدم اللمس و النظر. و تحرم مع الدخول (۶)

جده» «۱».

و أما قوله تعالی (الَّذِینَ مِنْ أَصْلٰابِکُمْ) فالمراد به النسبی، فی مقابل المتبنی، الذی جرت عادة العرب علی تسمیته ابناً.

(۱) لعموم:

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» «۲».

(۲) للإطلاق.

(۳) إجماعا. و هو العمدة فيه، لاحتمال أن يكون المراد من النكاح فى قوله تعالى (مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ) الوطء. نعم حلائل الأبناء تشمل المدخول بها و غيرها.

(۴) لإطلاق الأدلة.

(۵) كما صرح به جماعة على نحو يظهر أنه من المسلمات، و فى كشف اللثام: دعوى الاتفاق عليه. و عن شرح النافع للسيد: دعوى الإجماع عليه.

و كذا فى الرياض. و فى الحدائق نفى الخلاف فيه. و يقتضيه الأصل بعد ظهور حصر المحرمات فى غيرهما، و للنصوص الآتية نحوها. و لاحتمال ظهور (مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ) و قوله تعالى (حَلٰائِلُ أَبْنٰائِكُمُ) فى الزوجات.

(۶) إجماعاً من المسلمين، كما قيل. و قد استدل له بالكتاب، و السنة.

و فيه تأمل، لما عرفت من التأمل فى عموم (مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ) (و حَلٰائِلُ

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۸۰

أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة (۱)

أَبْنٰائِكُمُ) لغير الزوجات [۱]. نعم

فى خبر موسى بن بكر عن زرارة قال:

«قال أبو جعفر (ع) فى حديث: إذا أتى الجارية و هى حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه و لا لأبيه» «۱».

(۱) كما هو المشهور. و حكى عن الصدوق، و الشيخ، و القاضى، و ابنى حمزة و زهرة، و غيرهم. و يشهد له

صحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم. قال ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة. ثمَّ قال ابتداء منه: إن جردها و نظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه. قلت: إذا نظر الى جسدها، قال: إذا نظر الى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه» «۲»

، و

صحيح عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (ع): «فى الرجل تكون عنده جارية يجردها و ينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه؟ و إن فعل أبوه هل تحل لابنه؟ قال (ع): إذا نظر إليها نظر شهوة و نظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه، و إن فعل ذلک الابن لم تحل للأب» «۳»

و

فى صحيحه الآخر عن أبى عبد اللّه (ع): «فى الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها و يجردها لا يزيد على ذلک، قال (ع): لا تحل لابنه إذا رأى فرجها» «۴»

و

فى صحيح محمد بن مسلم

---

[۱] سیأتی فی شرح المسألة الإحدى و الأربعين تقريب دلالة الآية على عموم الحرمة الزوجة و ملك اليمين. منه قدس سره.

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۶.

(۴) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۷.

.....

عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحل لابنه» «۱»

، و

مصحح عبد الرحمن بن الحجاج و حفص بن البختری، و علی بن يقطين قالوا: «سمعنا أبا عبد اللّه (ع) يقول فی الرجل تكون له الجارية أ فتحل لابنه؟ فقال (ع): ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس» «۲»

، و نحوها غيرها.

و فی الشرائع، و عن الحلی، و العلامة فی أكثر كتبه، و غيرهم:

الجواز.

لموثق علی بن يقطين عن العبد الصالح: «عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أ تحل لابنه أو لأبيه؟ قال (ع):

لا بأس» «۳»

، و

خبر عبد اللّه بن يحيى الكاهلی عن أبی عبد اللّه (ع) فی حديث قال: «سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها الى ما يحرم من شهوة فكره أن يمسها ابنه» «۴».

بناء على أن الجمع بينهما و بين ما سبق بحمله على الكراهة. أو لأجل أن الخبر ظاهر فيها، و فيه: أن الموثق نسبته الى الصحيحين الأولين نسبة المطلق الى المقيد، فيقيد بهما. مضافاً الى أن الموثق و الصحيح الثالث من قبيل المتعارضين، و الجمع بينهما بالتفصيل بين الشهوة و غيرها أقرب الى الجمع العرفی من الحمل على الكراهة. و أما خبر الكاهلی فالأمر فيه أهون، لأنه إن كان ظاهراً فی الحل جرى فيه ما جرى فی الموثق، و إن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجية على الجواز. مع أن مورده صورة كون النظر أو اللمس من غير المالك، و هو غير ما نحن فيه.

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۷۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۲.

.....

و هـذا هو العمـدة فی القول بالتحریم، لا ما قیل من أن النظر و اللمس أقوى من العقد، فاذا حصل التحریم به حصل بهما، فإن الأولویة غیر قطعیة، بل و لا ظنیة.

هذا، و عن المفید، و الشهید فی اللمعة: حل منظورة الابن على الأب خاصة، و ربما ینسب الى أبی الصلاح و سلار، حیث اقتصرا فی التحریم على منظورة الأب خاصة. و لیس له وجه ظاهر غیر اقتصار بعض نصوص التحریم على منظورة الأب کما تقدم. و هو کما ترى لا یصلح لمعارضة نصوص التحریم فیهما معا، کما هو ظاهر.

ثمَّ إنه لا_إشکال فی عدم نشر الحرمة على الأب و الابن بالنظر الى الوجه و الکفین بغیر شهوة، بل الإجماع بقسمیه علیه، کما فی الجواهر.

و فی القواعد نفی الخلاف فیه، و لا یبعد ذلک بالنظر إلیهما بشهوة، و إن حرم على غیر المالک. لظهور التجرید و الکشف و نحوهما مما ذکر فی النصوص فی غیر ذلک، کما اعترف به فی المسالک و الجواهر. بل لا یبعد لذلک عدم شمول التحریم للنظر الى ما یبدو غالباً من الجواری مثل بعض الرقبة، و بعض الذراع، و بعض الساق، و نحو ذلک، فلا یکون النظر إلیه بشهوة موجباً للتحریم على أب الناظر و ابنه، و إن کان مع التلذذ، کما مال إلیه فی الجواهر. و الظاهر أنه لا فرق بین أن یکون التجرید و الکشف بداعی التلذذ أو بداع آخر، فحصل به التلذذ، لعموم النصوص. و دعوى الانصراف إلى الأول غیر ظاهرة. ثمَّ إن النصوص المذکورة موردها الجاریة المملوکة للناظر و اللامس، و لا یبعد شمول بعضها للمحللة، فشمول الحکم لهما معا غیر بعید، و إن کان ظاهر کلام المصنف و غیره الاختصاص بالأولى.

لکن التعمیم أقوى. و المعروف کما فی الجواهر قصر الحکم على المملوکة، و لعله یأتی التعرض لغیرها فیما یأتی إن شاء اللّه.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۸۳

و کذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تکن مدخولة (۱)

[(مسألة ۳): تحرم على الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً، مطلقاً]

(مسألة ۳): تحرم على الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً (۲)، مطلقاً (۳).

---

(۱) یعنی: بمجرد التحلیل، بشبهة أن التحلیل بمنزلة العقد، فإنها ممنوعة. و النصوص المقتضیة للتحریم لا تشمله، فیتعین الرجوع فیه الى عمومات الحل.

(۲) لعموم:

یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» «۱».

و توضیحه یطلب من محله.

(۳) کما هو المشهور شهرة عظیمة، و فی الروضة: «کاد یکون إجماعاً». بل عن الغنیة و الناصریات: الإجماع علیه. لعموم قوله تعالى: (وَ أُمَّهاتُ نِسائِکُمْ) «۲»، و للنصوص،

ففی روایة إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبیه (ع) عن علی (ع) فی حدیث: «قال: و الأمهات مبهمات، دخل بالبنات أو لم یدخل بهن، فحرموا و أبهموا ما حرم اللّه تعالى» «۳»

و

فی خبر أبی حمزة المروی عن تفسیر العیاشی قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة ثمَّ طلقها قبل أن یدخل بها هل تحل له ابنتها؟ قال: فقال: قد قضى فی هذا أمیر المؤمنین (ع) لا بأس، إن اللّه تعالى یقول (وَ رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسائِکُمُ اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ) «۴»، و لو تزوج الابنة ثمَّ طلقها قبل أن یدخل بها لم تحل له أمها. قال: قلت: أ لیس

(۱) راجع الوسائل باب: ۱ من أبواب ما یحرم من الرضاع.

(۲) النساء: ۲۳.

(۳) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۴) النساء: ۲۳.

.....

هما سواء؟ قال: فقال لا، لیس هذه مثل هذه، إن اللّه تعالى یقول:

(وَ أُمَّهاتُ نِسائِکُمْ)، و لم یستثن فی هذه کما اشترط فی تلک، هذه هنا مبهمة لیس فیها شرط، و تلک فیها شرط» «۱»

، و

خبر غیاث بن إبراهیم عن جعفر (ع) عن أبیه (ع): «أن علیاً (ع) قال: إذا تزوج الرجل المرأة حرمت علیه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم یدخل بالأم فلا بأس أن یتزوج بالابنة. فإذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم یدخل بها فقد حرمت علیه الام، و قال: الربائب علیکم حرام کن فی الحجر أو لم یکن» «۲»

، و

موثق أبی بصیر قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة ثمَّ طلقها قبل أن یدخل بها، فقال: یحل له ابنتها، و لا تحل له أمها» «۳».

و عن ابن أبی عقیل: اشتراط الدخول بالبنت فی تحریم الأم.

للإشکال فی عموم الآیة، لأن الآیة هکذا (وَ أُمَّهاتُ نِسائِکُمْ، وَ رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسائِکُمُ اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ) و من المحتمل رجوع القید الى الجملتین معا. و فیه:

أنه خلاف الظاهر، بل عن بعض: دعوى جمهور العلماء على خلافه، لأن أهل العربیة ذهبوا الى أن الخبرین إذا اختلفا لا یجوز أن یوصف الاسمان بوصف واحد، فلا یجوز «قام زید و قعد عمرو الظریفان». مع أن القید المدعى إرجاعه إلى الجملتین إن کان المراد به (مِنْ نِسائِکُمُ)، فهو ممتنع، لأنه إذا رجع الى الربائب کانت (من) ابتدائیة، و إن رجع الى (نِسائِکُمْ) کانت (من) بیانیة، فإرجاعه إلیهما یوجب استعمال کلمة (من) فی معنیین، کما ذکره جماعة من المحققین، و منهم الزمخشری فی

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۲) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

.....

الکشاف. و إن کان المراد به (اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ)، فإرجاعه إلی الجملتین و إن لم یلزم منه المحـذور المـذکور، لکن یلزم من إرجاعه إلی الأولی الفصل بین الصفة و الموصوف بالأجنبی، کما ذکر فی کشف اللثام، بل هو لازم علی الأول أیضا، و هو غیر جائز. و العمدة فی الاشکال علی رجوع القید إلی الأول: أنه خلاف الظاهر، و إلا فاللوازم المذکورة لیست محذوراً، و لا سیما ما ذکر من لزوم استعمال کلمة (من) فی معنیین، فإنه مبنی علی کونها من قبیل المشترک اللفظی، و هو بعید جداً.

و استدل لهذا القول بالنصوص، منها

صحیح جمیل بن دراج و حماد ابن عثمان عن أبی عبد اللّه (ع): «قال (ع): الام و البنت سواء إذا لم یدخل بها یعنی إذا تزوج المرأة ثمَّ طلقها فإنه إن شاء تزوج أمها و إن شاء ابنتها» «۱».

و

فی الفقیه هکذا: «عن جمیل بن دراج: أنه سئل أبو عبد اللّه (ع) عن رجل تزوج امرأة ثمَّ طلقها قبل أن یدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: الأم و البنت فی هذا سواء إذا لم یدخل بإحداهما حلت له الأخری» «۲»

، و

صحیح منصور بن حازم، قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (ع) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن یدخل بها أ یتزوج بأمها؟ فقال أبو عبد اللّه (ع) قد فعله رجل منا فلم یر به بأسا. فقلت له: جعلت فداک: ما تفخر الشیعة إلا بقضاء علی (ع) فی هذه الشمخیة (السجیة خ ل) التی أفتاها «۳» ابن مسعود أنه لا بأس بذلک، ثمَّ أتی علیاً فقال له علی (ع) من أین أخذتها؟ فقال: من قول اللّه عز و جل:

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

(۳) هکذا فی الوسائل الطبعة الحدیثة، و الثابت بقلم الشارح (قده): «أفتی بها».

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۸۶

.....

(وَ رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسائِکُمُ اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ). فقال علی (ع): إن هذه مستثناة و هذه مرسلة (وَ أُمَّهاتُ نِسائِکُمْ)، فقال أبو عبد اللّه (ع) أما تسمع ما یروی هذا عن علی (ع)؟ فلما قمت ندمت و قلت: أی شیء صنعت؟ یقول هو: قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً، و أقول أنا: قضی علی (ع)، فلقیته بعد ذلک فقلت: جعلت فداک مسألة الرجل، إنما کان الذی کنت تقول کان زلة منی فما تقول فیها؟ فقال: یا شیخ تخبرنی أن علیاً قضی فیها و تسألنی ما تقول فیها!!» [۱]

، و

خبر محمد بن إسحاق ابن عمار قال: «قلت له: رجل تزوج امرأة و دخل بها ثمَّ ماتت، أ یحل له أن یتزوج أمها؟ قال (ع): سبحان اللّه کیف یحل له أن یتزوج أمها و قد دخل بها؟! قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلکت قبل أن یدخل بها تحل له أمها؟ قال: و ما الذی یحرم علیه منها و لم یدخل بها؟!» «۱».

و أشکل علی الصحیح الأول: بأن قوله: «یعنی ..» لم یعلم أنه من کلام الامام (ع). و ما قبله لا یخلو من إجمال، لعدم وضوح ما به المساواة.

و فیه: أن ذلک خلاف الظاهر. و لو سلم فالقرینة الخارجیة دالة علی إرادة المساواة فی التحریم الأبدی. مع أن المتن الذی رواه الصدوق کافٍ فی الحجیة. و عن الشیخ أنه أشکل علی الصحیح المذکور: بأن الأصل فیه جمیل و حماد، و هما تارة یرویانه عن أبی عبد اللّه (ع) بلا واسطة، و أخری یرویانه عن الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع)، ثمَّ إن جمیلا تارة یرویه مرسلا

---

[۱] الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱. و لم یثبت الحدیث بتمامه المذکور و انما ذکر تتمته المعلق علیها فی الطبعة الحدیثة. و قد ذکره فی الکافی الجزء: ۵ صفحة:

۴۲۲ الطبعة الحدیثة، و فی التهذیب الجزء: ۷ صفحة- ۲۷۴ الطبعة الحدیثة، و فی الاستبصار الجزء: ۳ صفحة: ۱۵۷ الطبعة الحدیثة.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۸۷

و کذا بنتها (۱) و إن نزلت (۲)

عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع). و هذا الاضطراب فی الحدیث مما یضعف الاحتجاج به. و هذا الإشکال غیر ظاهر، و من الجائز وقوع ذلک کله، و لا محذور فیه. و مثله إشکاله علی جمیع النصوص المذکورة بأنها مخالفة لکتاب اللّه تعالی، و الاخبار المخالفة لها موافقة له، فتکون أرجح.

فإن ذلک إنما یتم بعد تعذر الجمع العرفی بین النصوص، و هو ممکن بحمل المنع مع عدم الدخول علی الکراهة، و نتیجة ذلک تقیید إطلاق الکتاب بالحمل علی صورة الدخول. و مثل ذلک حمل نصوص الجواز علی التقیة.

فإنه إنما یکون بعد تعذر الجمع العرفی. مضافا الی أن المشهور بین علماء المخالفین عدم اعتبار الدخول فی المنع. و فی المسالک حکایة ذلک عن أکثر علماء الإسلام. فتأمل.

فإذا العمدة فی وجه الأخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم علیه بیننا، بنحو لا یقدح فی حجیته خلاف ابن أبی عقیل ممن تفرد بمخالفة المشهور و المسلمات، الموجب لسقوط النصوص عن الحجیة.

(۱) بلا خلاف، بل هو ضروری، للآیة الشریفة، و هی قوله تعالی (وَ رَبٰائِبُکُمُ اللّٰاتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسٰائِکُمُ اللّٰاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلٰا جُنٰاحَ عَلَیْکُمْ) «۱».

(۲) کما صرح بذلک فی مجمع البیان، و القواعد، و التحریر، و کنز العرفان، و اللمعة، و الروضة، و کشف اللثام، و آیات الأحکام للجزائری، و الجواهر، و غیرها. و فی بعضها التصریح بعدم الفرق بین بنت الابن و بنت البنت، قال فی المستند: «فروع: الأول: حکم بنت البنت و بنت الابن فنازلا حکم البنت بالإجماع، و إن لم یستنبط من الاخبار». لکن فی آیات

---

(۱) النساء: ۲۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۸۸

بشرط الدخول بالأم (۱)، سواء کانت فی حجره أم لا (۲) و إن کان تولدها بعد خروج الأم عن زوجیته. و کذا تحرم أم

الأحکام: «یعلم الحکم من النصوص و الإجماع». بل فی التذکرة استدل بعموم الآیة. و لا یخلو من إشکال أو منع. نعم لا تبعد دعوی دلالة النصوص المشتملة علی التعبیر بالبنت، لقرب عمومها للبنت بواسطة. و من ذلک تعرف الاشکال فیما ذکره فی المستند.

(۱) إجماعاً. و يقتضيه نص الكتاب، و صريح السنة. و سيأتى فى المسألة السابعة و الثلاثين الكلام فى تحريم البنت بالنظر الى أمها و لمسها.

(۲) بلا- خلاف فيه. و فى التذكرة: «سواء كانت فى حجره أو لم تكن فى حجره عند جميع العلماء. و قال داود: إنما تحرم عليه إذا كانت فى حجره و كفالته، فاما إذا لم تكن فى حجره و كفالته فإنها لا تحرم و إن دخل بأمها. و هو رواية عن مالك»، و فى المسالك: «أجمع علماء الإسلام إلا من شذ منهم على أن هذا الوصف غير معتبر، و إنما جرى على الغالب» و فى الحدائق: «وقع الاتفاق نصاً و فتوى على أن هذا الوصف غير معتبر».

و يشهد لما ذكر

خبر إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه: «ان عليا كان يقول: الربائب عليكم حرام من الأمهات اللاتى قد دخل بهن، هن فى الحجور و غير الحجور سواء. و الأمهات مبهمات» «۱»

و نحوه خبر غياث بن إبراهيم

«۲»، و مرسل الفقيه

«۳». نعم

فى خبر محمد بن عبد اللّه بن جعفر المروى فى الاحتجاج عن صاحب الزمان (ع): «انه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۶.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۸۹

المملوكة الموطوءة على الواطئ و إن علت مطلقاً، و بنتها (۱).

كتب اليه: هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فقال (ع): إن كانت ربيت فى حجره فلا- يجوز. و إن لم تكن ربيت فى حجره و كانت أمها فى غير حباله فقد روى أنه جائز» «۱».

و لكن لا مجال للأخذ به مع ما هو عليه من ضعف السند، و الدلالة، و المخالفة لما عليه الأصحاب.

(۱) إجماعاً محققاً. و النصوص به وافية،

ففى صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «سألته عن رجل كانت له جارية و كان يأتيها، فباعها، فأعتقت، و تزوجت فولدت ابنة، هل تصلح ابنتها لمولاها الأول؟ قال:

هى عليه حرام، و هى ابنته. و الحرة و المملوكة فى هذا سواء» «۲»

، و

صحيح الحسين بن سعيد قال: «كتبت الى أبى الحسن (ع): رجل له أمة يطؤها، فماتت أو باعها، ثمَّ أصاب بعد ذلك أمها، هل له أن ينكحها؟ فكتب (ع): لا تحل له» «۳»

، و

مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «فى رجل كانت له جارية فوطئها، ثمَّ اشترى أمها أو بنتها، قال (ع): لا تحل له» «۴»

، و

فی روایـة رزین بیـاع الأنماط عن أبی جعفر (ع): «فی رجل کانت له جاریـة فوطئها، ثمَّ اشتری أمها و بنتها، قال (ع): لا تحل له الأم و البنت» «۵»

و نحوها غیرها.

نعم یعارضها جملة أخری، منها

خبر رزین بیاع الأنماط عن أبی جعفر (ع) قال: «قلت له: تکون عندی الأمة فأطأها، ثمَّ تموت أو

(۱) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۲) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲. مع اختلاف فی متن الروایة

(۳) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

(۵) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۰

[(مسألة ۴): لا فرق فی الدخول بین القبل و الدبر]

(مسألة ۴): لا فرق فی الدخول بین القبل و الدبر (۱) و یکفی الحشفة أو مقدارها (۲).

تخرج عن ملکی فأصیب ابنتها، أ یحل لی أن أطأها؟ قال (ع): نعم لا بأس به، إنما حرم ذلک من الحرائر، فأما الإماء فلا بأس به» «۱»

، و

خبر الفضیل بن یسار و ربعی بن عبد اللّه قال: «سألنا أبا عبد اللّه (ع) عن رجل کانت له مملوکة یطؤها فماتت، ثمَّ أصاب بعد أمها، قال (ع):

لا بأس، لیست بمنزلة الحرة» «۲».

لکن لا مجال للعمل بها بعد دعوی الإجماع علی خلافها.

(۱) کما نص علیه غیر واحد علی نحو یظهر أنه من المسلمات. نعم فی القواعد: «و الأقرب مساواة الوطء فی الفرجین» و فی کشف اللثام:

«و یحتمل العدم. لتبادر القبل، و انتفاء الإحصان فی الدبر. و فیه: منع التبادر. و أن الإحصان لیس منوطاً بالدخول». و بالجملة: لیس ما یوجب رفع الید عن الإطلاق.

(۲) لا إشکال فی ذلک، و لا خلاف. و یقتضیه إطلاق الأدلة.

بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة، لصدق الدخول معه، کما تقدم فی حکم من لاط بغلام. لکن ظاهرهم الإجماع علی عدم الاکتفاء به هنا.

و کأنهم أخذوه مما ورد من النصوص فی اشتراط العدة، و المهر، و الغسل بالتقاء الختانین

«۳». لکن دلالتها علی المقام غیر ظاهرة. فالعمدة الإجماع إن تمَّ.

(۱) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۶.

(۲) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۵.

(۳) راجع الوسائل باب: ۶ من أبواب الجنابة، و باب: ۵۴ من أبواب المهور.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۱

و لا- یکفی الإنزال علی فرجها من غیر دخول (۱) و إن حبلت به (۲). و کذا لا فرق بین أن یکون فی حال الیقظة أو النوم اختیاراً (۳) أو جبراً منه أو منها (۴).

[(مسألة ۵): لا یجوز لکل من الأب و الابن وطء مملوکة الآخر من غیر عقد و لا تحلیل]

(مسألة ۵): لا یجوز لکل من الأب و الابن وطء مملوکة الآخر من غیر عقد و لا تحلیل (۵)، و إن لم تکن

---

(۱) لخروجه عن موضع الأدلة، فیرجع فیه الی أصالة الحل.

(۲) و نسب الیه الحمل، فیکون ولداً، کما فی الدخول، علی ما فی النصوص

«۱». (۳) کما نص علی ذلک فی کشف اللثام. و کأن وجه الاشکال: أن الخطاب فی الآیة الشریفة للمکلفین، فالدخول متعلق بهم، فلا یشمل دخول غیرهم. و فیه: أن الدخول مطلق لا یختص بحال التکلیف.

(۴) عن الإیضاح أنه نفی احتمال الخلاف فی جانب الموطوءة.

(۵) کما فی الشرائع و غیرها، بل إجماعا، کما فی الریاض، لحرمة التصرف فی ملک الغیر بغیر إذنه. و للنصوص الآتیة. نعم فی صحیح ابن مسلم عن أبی جعفر (ع): «قال: فی کتاب علی (ع) إن الولد لا یأخذ من مال والده شیئاً، و یأخذ الوالد من مال ولده ما شاء، و له أن یقع علی جاریة ابنه إن لم یکن الابن وقع علیها. و ذکر أن رسول اللّه (ص) قال لرجل: أنت و مالک لأبیک» [۱]. و ظاهره جواز الوطء من غیر تقویم، و إن کان الولد کبیراً. و لا بد حینئذ من تأویله، أو طرحه.

---

[۱] الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۶. لکن ذکره من دون الذیل و هو: «و ذکر أن رسول اللّه ..» نعم رواه مع الذیل فی ضمن حدیث عن أبی عبد اللّه (ع) فی باب: ۷۸ من أبواب ما یکتسب به حدیث: ۱، مع خلاف یسیر فی متن الحدیثین.

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۶ من أبواب أحکام الأولاد.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۲

مدخولة له، و إلا کان زانیاً (۱).

[(مسألة ۶): یجوز للأب أن یقوم مملوکة ابنه الصغیر علی نفسه و وطؤها]

(مسألة ۶): یجوز للأب أن یقوم مملوکة ابنه الصغیر علی نفسه و وطؤها (۲).

و قد تعرضنا لذلک فی شرح المسألة الثامنة و الخمسین من فصل شرائط وجوب حجة الإسلام.

(۱) بلا خلاف، و لا إشکال، کما فی الجواهر، لأنه وطء غیر مستحق من دون شبهة.

(۲) بلا خلاف ظاهر، کما فی الریاض. بل الإجماع بقسمیه علیه، کما فی الجواهر، للنصوص، منها صحیح الکنانی عن أبی عبد اللّه (ع): «عن رجل یکون لبعض ولده جاریة و ولده صغار، هل یصلح له أن یطأها؟ فقال (ع): یقومها

قیمة عدل ثمَّ یأخذها، و یکون لولده علیه ثمنها» «۱»

و نحوه خبر داود بن سرحان عنه (ع)

«۲» و

فی صحیح محمد ابن إسماعیل قال: «کتبت الی أبی الحسن (ع) فی جاریة لابن لی صغیر، یجوز لی أن أطأها؟ فکتب: لا، حتی تخلصها» «۳».

و

فی صحیح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی الحسن موسی قال: «قلت له: الرجل یکون لابنه جاریة إله أن یطأها؟ قال: یقومها علی نفسه و یشهد علی نفسه بثمنها أحب الی» «۴».

و

فی خبر الحسن بن صدقة قال: «سألت أبا الحسن (ع) فقلت له: إن بعض أصحابنا روی أن للرجل أن ینکح جاریة ابنه و جاریة بنته، و لی ابنة و ابن، و لابنتی جاریة اشتریتها لها من صداقها، أ فیحل لی أن أطأها؟ فقال (ع): لا، إلا بإذنها. فقال الحسن بن الجهم: أ لیس قد جاء أن هذا جائز؟ قال (ع): نعم ذلک

---

(۱) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۳

و الظاهر إلحاق الجد بالأب (۱)، و البنت بالابن (۲) و إن کان الأحوط خلافه. و لا یعتبر إجراء صیغة البیع (۳)

إذا کان هو سببه. ثمَّ التفت إلی و أومی نحوی بالسبابة، فقال: إذا اشتریت أنت لابنتک جاریة أو لابنک و کان الابن صغیرا و لم یطأها حل لک أن تقبضها فتنکحها. و إلا فلا إلا بإذنهما» «۱».

و کأن المراد صورة ما إذا لم تدخل فی ملک الابن و البنت، و إنما کان من الوالد مجرد التحلیل و العاریة.

و

فی صحیح الحسن بن محبوب قال: «کتبت الی أبی الحسن الرضا (ع):

انی کنت وهبت لابنة لی جاریة حیث زوجتها، فلم تزل عندها و فی بیت زوجها حتی مات زوجها، فرجعت إلی هی و الجاریة، أ فیحل لی أن أطأ الجاریة؟ قال: قومها قیمة عادلة، و أشهد علی ذلک، ثمَّ إن شئت تطأها» «۲».

و ظاهره جواز التقویم فی الکبیر أیضاً. اللهم إلا أن یحمل علی صورة ما إذا کانت البنت قد فوضت إلی الأب جمیع شؤونها.

(۱) کما نص علی ذلک غیر واحد، منهم جامع المقاصد. و قواه فی الجواهر، للقطع باتحاد الجمیع. لکنه غیر ظاهر. قال فی الریاض: «و فی تعدیة الحکم الی الجد إشکال، من اختصاص النصوص بالأب، و من اتحاد المعنی. و هو أقوی».

(۲) یظهر من الریاض اختصاص الإشکال فی الجد دون البنت.

و کأن الوجه فیه. إطلاق صحیح الکنانی المتقدم، فان الولد شامل للبنت.

(۳) قال فی جامع المقاصد: «و لا یکفی مجرد التقویم قطعاً، إذ لا ینتقل الملک إلا بسبب ناقل، و قبل الانتقال لا یجوز التصرف، و لا

(۱) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۷۹ من أبواب ما یکتسب به حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۴

و نحوه، و إن کان أحوط. و کذا لا یعتبر کونه مصلحة للصبی (۱) نعم یعتبر عدم المفسدة (۲). و کذا لا یعتبر الملاءة فی الأب (۳) و إن کان أحوط.

[(مسألة ۷): إذا زنا الابن بمملوکة الأب حد]

(مسألة ۷): إذا زنا الابن بمملوکة الأب حد (۴).

و أما إذا زنا الأب بمملوکة الابن فالمشهور عدم الحد علیه (۵)

أثر للتقویم بدون العقد المملک. و لا خلاف فی شیء من هذه الأحکام» و فی الجواهر: «عن غیر واحد من الأصحاب التصریح بذلک. لأصالة عدم دخولها فی الملک إلا بالمملک الشرعی».

أقول: الذی یظهر من التقویم فی النص و الفتوی هو إیقاع المعاوضة علیه بالقیمة فی ذمته و الالتزام بذلک فی نفسه، فیکون إیقاعاً لا عقداً، و نفسیاً بحتاً بلا مظهر له من قول أو فعل. و بذلک یفترق أیضا عن اقتراض القیمی، فإنه أیضا مشتمل علی الإیجاب و القبول، و له مظهر من قول أو فعل، بخلاف المقام کما عرفت. و لا مانع عن الأخذ بظاهر النص المعتضد بالفتوی. إلا أن یکون إجماع، کما یظهر من جامع المقاصد. و لکنه غیر ثابت.

(۱) کما یقتضیه إطلاق النص، خلافا لآخرین فاشترطوها، کما فی الریاض. و الإطلاق یردهم.

(۲) إجماعا کما فی الریاض. و به ترفع الید عن إطلاق النصوص.

(۳) کما نص علی ذلک فی المسالک و جامع المقاصد، للإطلاق. و کأن وجه الاشکال ما دل علی اعتبار الملاءة فی الاتجار بمال الیتیم. لکنه غیر ما نحن فیه.

(۴) بلا إشکال و لا خلاف، لعموم أدلة الحد.

(۵) کما فی الشرائع، و التذکرة، و القواعد، و جامع المقاصد، و المسالک و غیرها. و فی جامع المقصد: أنه لا خلاف فی ذلک. و فی الجواهر: «لا

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۵

و فیه إشکال (۱).

[(مسألة ۸): إذا وطأ أحدهما مملوکة الآخر شبهة لم یحد]

(مسألة ۸): إذا وطأ أحدهما مملوکة الآخر شبهة لم یحد (۲)، و لکن علیه مهر المثل (۳). و لو حبلت فان کان

أجد فیه خلافاً».

(۱) لعدم وضوح ما یستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد. و ما فی جامع المقاصد من تعلیله بأن الأب لما کان أصلا فی وجود الابن أثبت له الشارع هذه المزیة و نحوها، و نحوه ما فی کشف اللثام و غیره. غیر ظاهر.

نعم فی المسالـک قـال: «و الفرق بين الأـب و الاـبن بعـد النص أن الأـب أصل له فلا يناسـبه إثبات العقوبـة عليه، بخلاف العكس». و ظاهره وجود النص الفارق، و لم أعثر عليه، و لا على من أشار إليه سواه. و لعله أراد به ما ذكره فی جامع المقاصد بقوله: «و قوله (ع): أنت و مالک لأبيک

إيماء الى ذلک» «۱». و فيه: أن الظاهر منه كونه حكماً أدبياً، كما تقتضـيه قرينـة السـياق، فان الولـد حر لا مملوک لوالده و لا لغيره. و لأجـل ذلک يكون الإشـكال فی محله. إلا أن يتم إجماع عليه. لكن فی المسالک فی أواخر حـد السارق فی شـرح المسألـة الرابعـة ما يظهر منه المفروغية عن ثبوت الحد فی المقام، حيث قال فی الفرق بين الزنا و السرقة: «ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع و إذا زنى بجـاريته يحـد». لكن ذلـک منه ينـافی ما ذكره هو و غيره هنا و نفی الخلاف فيه. فلا بـد أن يحمل على بعض الوجوه، و يكون العمل على ما ذكره هنا.

(۲) لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(۳) لما استحل من فرجها.

---

(۱) تقدم التعرض له فی المسألة: ۵ من هذا الفصل.

الوطی هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً (۱). و إن كان الأب لم ينعتق (۲) إلا إذا كان أنثى. نعم يجب على الأب فكه (۳) إن كان ذكراً.

[(مسألة ۹): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمة و الخالة إلا بإذنهما]

(مسألة ۹): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمة و الخالة إلا بإذنهما (۴)،

---

(۱) كما فی الشـرائع، و القواعـد، و جامع المقاصد، و المسالک، و غيرها. لأنه لو بقی رقا كان ملكا لمالک الأمة، و هو جده، و الرجل لا يملک ولده و إن نزل ذكراً كان أم أنثى.

(۲) كمـا نص عليه الجماعـة. لأـنه لو بقی رقـا كـان ملكا لمالک الأمـة، و هو أخوه، و لا مانع من أن يملک الرجل أخاه. نعم إذا كان الولـد أنثى انعتق قهراً، لأـن الرجـل كمـا لاـ يملـک عموديه لا يملک محارمه، و منها الأخت، فلما لم يمكن أن يكون مملوكا لمالک الأمة انعتق قهراً أيضاً.

ثمَّ إنه يـأتی من المصـنف (ره) فی نكـاح الإماء تبعيـة الولـد لأشـرف الأبوين كما هو مـذهب جماعـة. و عليه يكون الولـد حراً لا رقاً، فيكون مـا ذكره هنـا منافيـا لمـا يـذكره فيمـا يأتی من نكاح الإماء. و لعل المراد من الحكم بالرقيـة: الرقيـة من حيث النسب، بمعنى أن النسب لا يقتضی الحرية لا الرقية مطلقاً. و سيأتی إن شاء اللّه وجه الجمع بين الكلامين. فانتظر.

(۳) كما صرح به الجماعة للنصوص الدالة على ذلک، الآتية فی مبحث نكاح الإماء. و يتعين كون المراد منه بناء على الحرية: أن الأب ضامن لقيمته، لا أنه رق يجب على الأب شراؤه.

(۴) بلا خلاف معتد به أجده فی شـیء من ذلک، بل الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه. كذا فی الجواهر. و يشهد له النصوص الكثيرة، منها

موثق محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «قال: لا تتزوج ابنة الأخ و لا

.....

ابنة الأخت علی العمة و لا علی الخالة إلا بإذنهما، و تزوج العمة و الخالة علی ابنة الأخ و ابنة الأخت بغیر إذنهما» «۱»

، و

خبر أبی عبیدة الحذاء قال: «سمعت أبا جعفر (ع) یقول: لا تنکح المرأة علی عمتها و لا علی خالتها إلا بإذن العمة و الخالة» «۲»

، و نحوهما غیرهما.

و عن الإسکافی و العمانی: الجواز مطلقاً. و فی المسالک ناقش فی صحة النسبة. و علی تقدیرها فکأنه لعمومات الحل، و

لخبر علی بن جعفر (ع) المروی فی کتابه عن أخیه موسی بن جعفر (ع) قال: «سألته عن امرأة تزوج علی عمتها أو خالتها؟ قال (ع): لا بأس» «۳».

و مثله خبره المروی فی قرب الاسناد

«۴». و فیه: أن العموم مخصص، و الخبر مقید بما ذکر.

و مثله ما فی المقنع من المنع مطلقاً قال: «و لا تنکح المرأة علی عمتها، و لا علی خالتها، و لا علی ابنة أختها، و لا علی ابنة أخیها، و لا علی أختها من الرضاعة». و کأنه لإطلاق بعض النصوص، مثل

صحیح أبی عبیدة قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: لا تنکح المرأة علی عمتها و لا علی خالتها، و لا علی أختها من الرضاعة» «۵».

و نحوه غیره. لکن الجمیع مقید بما ذکر، و محمول علی صورة عدم الاذن. و بالجملة: النصوص طوائف ثلاث: مانعة مطلقاً، و مجوزة مطلقاً، و مفصلة بین الاذن و عدمه.

و المقنع اعتمد علی الأولی لا غیر. و القدیمان اعتمدا علی الثانیة. و المشهور

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة الملحق الثانی للحدیث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة الملحق الأول للحدیث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۱۹۸

من غیر فرق بین الدوام و الانقطاع (۱)، و لا بین علم العمة و الخالة و جهلهما. و یجوز العکس (۲)، و إن کانت العمة و الخالة جاهلتین بالحال علی الأقوی (۳).

اعتمدوا علی الجمیع بعد الجمع بینها بحمل الأولتین علی الأخیرة حملًا للمطلق علی المقید.

(۱) لإطلاق الأدلة فیه، و فیما بعده.

(۲) علی المشهور شهرة عظیمة، و عن التذکرة: الإجماع علیه، للنصوص التی تقدم بعضها. و

فی خبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع):

«قال: تزوج الخالة و العمة علی بنت الأخ و ابنة الأخت بغیر إذنهما» «۱»

، و

صحیح ابن مسلم المروی عن نوادر ابن عیسی عن أبی جعفر (ع): «قال: لا تنکح ابنة الأخت علی خالتها، و تنکح الخالة علی ابنة

أخيها. و لا تنكح ابنة الأخ على عمتها، و تنكح العمة على ابنة أخيها» «۲»

و نحوهما غيرهما. و تقدم عن المقنع المنع مطلقاً. و كأنه لإطلاق

خبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد اللّه (ع): «قال: لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها» «۳».

لكنه مقيد بما سبق.

(۳) و هو المشهور. و فى المسالك: «يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته، و إلا لم يصح». و لم يعلم له وجه ظاهر. و فى الجواهر:

«لعله أخذه مما تسمعه فى نكاح الحرة على الأمة، بناء على اشتراك المسألتين فى كيفية دلالة الدليل، و فى حكمة الحكم، و هى الاحترام، إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن فى الجواز و الصحة، و إنما تتسلط هى على الخيار».

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱۲.

(۳) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۷.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۱۹۹

.....

و يحتمل أن يكون الوجه فيه:

خبر محمد بن مسلم عن الباقر (ع): «لا تزوج الخالة و العمة على بنت الأخ و ابنة الأخت بغير إذنهما» «۱»

، كما ذكره بعض، بناء على رجوع الضمير إلى العمة و الخالة، و فيه: أن المضبوط روايته: «تزوج الخالة و العمة ..» و قد رواه فى المسالك كذلك.

مع أن الظاهر رجوع الضمير الى المدخول عليهما. و حينئذ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العمة و الخالة على ابنة الأخ و الأخت و بين العكس،

كحديث على بن جعفر الذى رواه فى المسالك قال: «تزوج العمة و الخالة على ابنة الأخ و ابنة الأخت، و لا تزوج بنت الأخ و الأخت على العمة و الخالة إلا برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل» «۲».

و كذا غيره من الأخبار المفصلة، فإن الجمع بينهما يقتضى الجواز على كراهية.

و من العجيب ما فى الرياض حيث قال: «لا فرق فى الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا، وفاقاً للأكثر، للأصل، و إطلاق النصوص. و عن العلامة: اشتراط العلم. و مستنده غير واضح. و النصوص باعتبار إذنهما مختصة بالصورة الاولى». و ظاهر الصورة الأولى صورة علم الداخلة، فيكون عكس ما ذكر فى المسالك.

و لا يخفى ما فيه أولًا: من عدم الوقوف على هذه النصوص، و ثانياً:

أنه مناف لما ذكره من إطلاق النصوص، و ثالثاً: أنه لا معنى لاعتبار اذن الداخلة مع علمها، فان دخولها مع العلم إذن، فلا معنى لاعتبار الإذن حينئذ. و المظنون أن أصل العبارة «بالصورة الثانية» الآتية فى كلام مصنفه، و هى صورة دخول بنت الأخ أو الأخت على العمة و الخالة.

هذا و فى القواعد: «و الأقرب أن للعمة و الخالة فسخ عقدهما لو

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۰

[(مسألة ۱۰): الظاهر عدم الفرق (۱) بین الصغیرتین و الکبیرتین و المختلفتین]

(مسألة ۱۰): الظاهر عدم الفرق (۱) بین الصغیرتین و الکبیرتین و المختلفتین، و لا- بین اطلاع العمة و الخالة علی ذلک و عدم اطلاعهما ابداً، و لا بین کون مدة الانقطاع قصیرة و لو ساعة أو طویلة، علی إشکال فی بعض هذه الصور، لإمکان دعوی انصراف الأخبار (۲).

[(مسألة ۱۱): الظاهر أن حکم اقتران العقدین حکم سبق العمة و الخالة]

(مسألة ۱۱): الظاهر أن حکم اقتران العقدین حکم سبق العمة و الخالة (۳).

جهلتا لا المدخول علیها». و وجهه فی کشف اللثام بعدم الفرق فی الاحترام بین التقدم و التأخر، و لخبر أبی الصباح. و فیه: أن مقتضی الاحترام البطلان- کما ذکر فی المسالک- لا الصحة و التسلط علی الفسخ. و لو سلم فالتعدی إلی الفرض غیر ظاهر، لاختصاصه بما إذا کان المدخول علیها العمة، و الفرق بین الداخلة و المدخول علیها فی الاحترام و عدمه ظاهر عرفاً.

و أما الخبر: فقد عرفت أنه مقید بما سبق. و بالجملة: مقتضی القواعد الأولیة صحة العقد و لزومه و لیس ما یدل علی البطلان أو الخیار فیتعین العمل بها.

(۱) للإطلاق.

(۲) لکنه بدوی لا یعول علیه فی رفع الید عن الإطلاق.

(۳) النصوص الواردة فی الباب کلها یتضمن إدخال بنت الأخ و الأخت، عدا روایة أبی الصباح

«۱» المتضمنة للمنع عن الجمع بین العمة و ابنة الأخ و الخالة و بنت الأخت، و مثلها النبوی

«۲»، و هما شاملان للمقام. لکنهما مرمیان بالضعف، و ظاهرهما المنع من مطلق الجمع کما هو مذهب المخالفین،

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۲) مستدرک الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۱

[(مسألة ۱۲): لا فرق بین المسلمتین و الکافرتین و المختلفتین]

(مسألة ۱۲): لا فرق بین المسلمتین و الکافرتین و المختلفتین (۱).

[(مسألة ۱۳): لا فرق فی العمة و الخالة بین الدنیا منهما و العلیا]

(مسألة ۱۳): لا فرق فی العمة و الخالة بین الدنیا منهما و العلیا (۲).

[(مسألة ۱۴): فی کفایة الرضا الباطنی منهما من دون إظهاره]

(مسألة ۱۴): فی کفایة الرضا الباطنی منهما من دون إظهاره، و عدمها و کون اللازم إظهاره بالاذن قولا أو فعلا وجهان (۳).

فالاعتماد علیهما فی ذلک غیر ظاهر. و کأنه لذلک قال فی الجواهر: «قد یقال: إن مقتضى ما ذکرنا جواز الجمع بینهما بعقد واحد بغیر إذن منهما، لاختصاص النصوص باعتبار الاذن لهما فی صورة إدخالهما على العمة و الخالة.

اللهم إلا أن یستفاد حکم ذلک مما تسمعه فی الجمع بین الحرة و الأمة بعقد واحد، بناء على اتحادهما فی کیفیة دلالة الدلیل، و قد ورد الخبر الصحیح هناک بصحة عقد الحرة دون الأمة، أی مع عدم الاذن. فلاحظ و تأمل جیداً». أقول: الوجه الثانی أضعف مما قبله، لأنه أشبه بالقیاس.

(۱) لإطلاق الأدلة. اللهم إلا أن یقال: الاحترام المعلل به المنع فی النصوص

«۱» لا یقتضی المنع فی صورة کون العمة أو الخالة کافرة.

(۲) کما عن المبسوط: الجزم به. و اختاره جماعة. و قواه فی الجواهر:

و استشکل فیه فی القواعد و غیرها، للاشتراک فی العلة، و لاحتمال صدق العمة و الخالة و بنت الأخ و الأخت. و لزوم الاقتصار على المتیقن فی الخروج عن عموم الحل. لکن الأول أقرب.

(۳) المذکور فی أکثر النصوص اعتبار الاذن، و فی خبر علی بن جعفر (ع) اعتبار الرضا. و الجمع العرفی یمکن أن یکون بالتقیید، فلا بد من الرضا و الاذن معاً. و یمکن أن یکون بجعل الاذن طریقاً الی الرضا، فیکون الشرط الرضا لا غیر. و الثانی أقرب، فیکون الرضا هو الشرط و الاذن طریق الیه، فاذا حصل الرضا صح العقد واقعاً، و إذا علم الرضا

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۰۲

[(مسألة ۱۵): إذا أذنت ثمَّ رجعت و لم یبلغه الخبر فتزوج لم یکفه الاذن السابق]

(مسألة ۱۵): إذا أذنت ثمَّ رجعت و لم یبلغه الخبر فتزوج لم یکفه الاذن السابق (۱).

[(مسألة ۱۶): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم یؤثرفی البطلان]

(مسألة ۱۶): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم یؤثر فی البطلان (۲).

[(مسألة ۱۷): الظاهر کفایة إذنهما و إن کان عن غرور]

(مسألة ۱۷): الظاهر کفایة إذنهما و إن کان عن غرور (۳)، بأن وعدها أن یعطیها شیئاً فرضیت ثمَّ لم یف بوعده، سواء کان بانیاً على الوفاء حین العقد أم لا. نعم لو قیدت الاذن بإعطاء شیء فتزوج ثمَّ لم یعط کشف عن بطلان الاذن و العقد (۴)، و إن کان حین العقد بانیا على العمل به (۵).

[(مسألة ۱۸): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحکم الشرعی]

(مسألة ۱۸): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى،

بطريق آخر صح واقعاً و ظاهراً. و لكنه مع ذلك لا يخلو من إشكال، و إن قربناه فيما سبق من مباحث مكان المصلى من هذا الشرح.

(۱) لأن العدول عنه يوجب كونه بمنزلة العدم. و القياس على فعل الوكيل الذى لم يبلغه العزل لا وجه له.

(۲) إذ لا دليل على كون العدول عن الاذن رافعاً لأثر العقد و فاسخاً له، فاستصحاب بقاء الأثر بحاله. فإن قلت: العدول يوجب كون الاذن السابق بمنزلة العدم. قلت: إنما يوجب ذلك بالنسبة الى ما بعد العدول، لا من أول الأمر، فحين وقوع العقد عن إذنه يترتب عليه الأثر، لتحقق شرط التأثير و لا موجب لارتفاعه، فيستصحب.

(۳) لإطلاق الأدلة.

(۴) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.

(۵) لأن الشرط الإعطاء، و هو مفقود، لا البناء على العمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۰۳

لا أن يكون لحق منهما (۱)، فلا يسقط بالإسقاط.

[(مسألة ۱۹): إذا اشترط فى عقد العمة أو الخالة إذنهما فى تزويج بنت الأخ أو الأخت]

(مسألة ۱۹): إذا اشترط فى عقد العمة أو الخالة إذنهما فى تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثمَّ لم تأذنا عصياناً منهما فى العمل بالشرط، لم يصح العقد على إحدى البنتين (۲) و هل له إجبارهما فى الاذن؟ وجهان (۳). نعم إذا اشترط عليهما فى ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو

---

(۱) يعنى: ليس اعتبار الاذن فى المقام من باب اعتبار إذن المالك لعين أو حق فى التصرف فيه. بل مجرد حكم الشارع بالتوقف على الاذن.

لأن البناء على الأول يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، و هو خلاف الأصل، بل خلاف إطلاق الدليل، الموجب لاعتباره و لو بعد الإسقاط.

(۲) لإطلاق الأدلة.

(۳) مبنيان على أن الشرط يقتضى ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث يكون المشروط له مالكاً على المشروط عليه الفعل المشروط، أو لا يقتضى ذلك؟ فعلى الأول: يكون الزوج مالكا عليها الاذن فى العقد، فيكون له المطالبة به، و مع امتناعها يكون له الإجبار عليه. فان تعذر أمكن قيام الحاكم الشرعى مقامه فى استيفاء الحقوق باعمال ولايته.

و على الثانى: يكون مفاد الشرط محض الالتزام بالاذن، فيجب عليها شرعاً كسائر الواجبات الشرعية، فإذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الأمر بالمعروف، فاذا تعذر الإجبار لم يكن للحاكم الشرعى القيام مقامها، إذ لا ولاية للحاكم الشرعى على تحصيل الواجبات الشرعية على الناس، و إنما له الولاية عليهم فيما لهم الولاية عليه لا غير. و من ذلك يظهر أن اختلاف المبنيين ليس فى مجرد جواز الإجبار و عدمه، و إنما هو فى نفوذ سلطان الحاكم الشرعى عند تعذر الاستيفاء. هذا، و قد تقرر فى

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۰۴

الأخت فالظاهر الصحة (۱)، و إن اظهرتا الكراهة بعد هذا.

[(مسألة ۲۰): إذا تزوجهما من غير إذن ثمَّ أجازتا صح على الأقوى]

(مسألة ۲۰): إذا تزوجهما من غير إذن ثمَّ أجازتا صح على الأقوى (۲).

[(مسألة ۲۱): إذا تزوج العمة و ابنة الأخ، و شک فی سبق عقد العمة أو سبق عقد الابنة حکم بالصحة]

(مسألة ۲۱): إذا تزوج العمة و ابنة الأخ، و شک

غير موضع من هذا الشرح أن مفاد الشرط ثبوت حق للمشروط له. فراجع.

(۱) بعد ما کان اعتبار الاذن من باب الحکم الشرعی یکون شرط أن یکون له العقد من قبیل الشرط المخالف للکتاب، فیبطل، إلا أن یرجع الی شرط الوکالة عنها فی الاذن، فیصح. لکن فی جواز عزله الوجهان السابقان. أو یرجع الی اشتراط بقاء الاذن له الی حین العقد.

لکن فی جواز العدول عن الإذن أیضا الوجهان السابقان. أو یرجع الی اشتراط الاذن فعلاـ لکنها غیر کافیة مع ظهور الکراهة بعد ذلک.

(۲) کما عن العلامة فی جملة من کتبه، و کثیر من المتأخرین، لتحقق شرط الصحة و هو الاذن، فیشمله دلیل الصحة من غیر معارض. و فی الشرائع و النافع و غیرهما: البطلان، للنهی عنه المقتضی للفساد. لکنه ممنوع بعد حصول الاذن. أو لدلالة النهی علی خروج المعقود علیها عن قابلیة النکاح. و هو أیضا ممنوع بعد حصول الاذن. أو

لخبر علی بن جعفر (ع) عن أخیه (ع): «و لاـ تزوج بنت الأخ و الأخت علی العمة و الخالة إلاـ برضا منهما، فمن فعل ذلک فنکاحه باطل» «۱».

و فیه: أنه لا یشمل المقام بعد الاذن و إن شمله قبل الاذن، و لا تنافی بین الحکمین فی زمانین.

أو لظهور أدلة اعتبار الاذن فی کونها مقارنة للعقد. و هو أیضا ممنوع:

أو لأن العقد علی بنت الأخ و الأخت بدون إذن العمة أو الخالة معصیة للّه سبحانه، فیکون فاسداً، لما ورد فی نکاح العبد بغیر إذن مولاه من

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۵

.....

أنه لم یعص اللّه و إنما عصی سیده فإذا أجاز جاز

«۱»، إذ یدل الحدیث علی أنه لو عصی اللّه تعالی کان نکاحه فاسداً، فیدل علی أن معصیة اللّه تعالی کلیة موجبة للفساد. و فیه: أن الظاهر من معصیة اللّه سبحانه معصیته فی نکاح المحرمات من النساء، مثل الأصول و الفروع، لا مطلق المعصیة، و إلا کا التعلیل غیر ظاهر، فیکون تعبدیاً. و هو خلاف الأصل فی التعلیلات.

علی أن البناء علی تحریم العقد تعبداً بحیث یوجب الإثم لنفسه غیر ظاهر من الأدلة.

هذا، و عن الشیخین و من تبعهما، بل عن غیر واحد نسبته إلی الأکثر أن للعمة و الخالة الخیار فی فسخ العقد الواقع علی بنت الأخ و الأخت و بین فسخ عقدهما بلاـ طلاق. لوقوع العقدین صحیحین، و حیث أنه لاـ یمکن الجمع بینهما إلا بإذن فهما مخیران فی رفع

الجمع بینهما بین رفع الأول و رفع الثانی. و فیه: أنه لا دلیل علی سلطنتهما علی رفع الأول، و إنما الدلیل علی سلطنتهما علی رفع الثانی لا غیر. و عن ابن إدریس: بطلان العقد الثانی و تزلزل العقد الأول، فیکون للمدخول علیها فسخ عقد نفسها.

و یظهر ضعف القول المذکور بکلا شقیه من وجوه الاشکال علی القول الثانی و القول الثالث. مع أنه إذا بنی علی بطلان العقد الثانی لم یکن وجه لتزلزل الأول.

فإذاً العمدة القولان الأولان المبنیان علی ظهور أدلة اعتبار الاذن فی المقارنة و عدمه. و أما الوجوه الأخر مما ذکرناه و غیره فضعیفة. و قد عرفت منع ظهور الأدلة فی اعتبار مقارنة الاذن للعقد. و یتضح ذلک بمقایسة المقام بعقد الفضولی. و لأجل ذلک یخرج عن الأصل بناء علی أن مقتضاه مقارنة الشرط للعقد.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۲۰۵

---

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱، ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۶

فی سبق عقد العمة أو سبق عقد الابنة حکم بالصحة (۱).

و کذا إذا شک فی السبق و الاقتران بناء علی البطلان مع الاقتران.

[(مسألة ۲۲): إذا ادعت العمة أو الخالة عدم الاذن و ادعی هو الاذن منهما قدم قولهما]

(مسألة ۲۲): إذا ادعت العمة أو الخالة عدم الاذن و ادعی هو الاذن منهما قدم قولهما (۲). و إذا کانت الدعوی بین العمة و ابنة الأخ مثلا فی الاذن و عدمه فکذلک قدم قول العمة.

---

(۱) لأصالة الصحة.

(۲) لأصالة عدم الاذن الموافق لقولها. و أصل الصحة و إن کان مقدماً علی أصالة عدم الجزء أو الشرط الذی یکون فقده موجباً للفساد، لکن دلیله من السیرة و الإجماع غیر ثابت فی مثل المقام مما کان المدعی لعدم الشرط ممن یقوم به الشرط. ففرق بین أن تکون دعوی عدم الإذن صادرة ممن تقوم به الاذن، و أن تکون صادرة من غیره، فاذا ادعی عدم الاذن غیر من یقوم به الاذن کان المرجع أصل الصحة، و إذا کان المدعی من یقوم به الاذن کان المرجع أصالة عدم الاذن، لعدم ثبوت أصل الصحة فیه، و إلا کان مقدماً أیضاً. فبناء علی هذا لو ادعی البائع عدم البلوغ، أو عدم العلم بالعوضین، أو نحو ذلک یکون منکراً. و هو کما تری. إلا أن یقال: إن دعواه ذلک خلاف ظاهر فعله و اقدامه، فیکون لأجل ذلک مدعیاً. فتأمل. و ربما یحتمل اختصاص أصل الصحة بالشک فیما یعتبر فی موضوع السلطنة جزءاً أو شرطاً، و لا یشمل الشک فی السلطنة، فالمدعی عدم السلطنة منکر. و فیه: أنه خلاف السیرة علی البناء علی الصحة لو شک فی السلطنة مع عدم الدعوی ممن له السلطنة، و علی هذا یختص المنع من جریان القاعدة بصورة دعوی وجود إعطاء السلطنة بإذن أو بالتملیک أو نحوهما، نظیر قاعدة الید المختصة بصورة عدم دعوی التملیک من خصمه و ذلک غیر بعید من طریقة العقلاء و المتشرعة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۷

[(مسألة ۲۳): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت، و شک فی أنه هل کان عن إذن من العمة أو الخالة أو لا؟]

(مسألة ۲۳): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت، و شک فی أنه هل کان عن إذن من العمة أو الخالة أو لا؟ حمل فعله علی الصحة.

[(مسألة ۲۴): إذا حصل بنتیة الأخ أو الأخت بعد التزویج بالرضاع لم یبطل]

(مسألة ۲۴): إذا حصل بنتیة الأخ أو الأخت بعد التزویج بالرضاع لم یبطل (۱). و کذا إذا جمع بینهما فی حال الکفر ثمَّ أسلم علی وجه (۲).

[(مسألة ۲۵): إذا طلق العمة أو الخالة طلاقا رجعیاً لم یجز تزویج إحدی البنتین]

(مسألة ۲۵): إذا طلق العمة أو الخالة طلاقا رجعیاً لم یجز تزویج إحدی البنتین (۳) إلا بعد خروجهما عن العدة.

---

(۱) لخروجه عن مورد النصوص. لکن بناء علی ما تقدم من المنع عن اقتران العقدین إلا بإذن العمة أو الخالة، عملًا بما دل علی المنع عن الجمع بینهما إلا بإذنهما

«۱»، یتعین البناء علی ذلک هنا، لتحقق الجمع بعد الرضاع، فلا یجوز إلا بالإذن، إذ لا فرق بین اقتران العقد و بین المقام فی صدق الجمع.

(۲) یوافق الاستصحاب. لنفوذ الجمع فی حال الکفر، فان لکل قوم نکاحا

«۲»، فیستصحب بعد الإسلام. و فیه: أن المستفاد من الأدلة ترتب آثار النکاح حال الکفر، لا نفوذه، کما یقتضیه الجمع بین الأدلة الأولیة و مثل: «لکل قوم نکاح»

. و استصحاب بقاء الآثار لا مجال له مع الدلیل الدال علی حرمة نکاح الأجنبیة. مع أنه لو فرض صحة النکاح حال الکفر، فبعد الإسلام یرجع الی عموم المنع المقدم علی الاستصحاب.

(۳) لأن المطلقة رجعیاً زوجة، و لا یجوز إدخال بنت أخیها و أختها

---

(۱) راجع المسألة: ۹ من هذا الفصل.

(۲) هذا المضمون موجود فی بعض النصوص راجع الوسائل باب: ۸۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء، و باب: ۷۳ من أبواب جهاد النفس، و باب: ۱ من أبواب حد القذف.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۸

و لو کان الطلاق بائنا جاز من حینه.

[(مسألة ۲۶): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد علی البنت]

(مسألة ۲۶): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد علی البنت، لان طلاق الخلع بائن. و إن رجعت فی البذل لم یبطل العقد (۱).

[(مسألة ۲۷): هل یجری الحکم فی المملوکتین و المختلفتین وجهان]

(مسألة ۲۷): هل یجری الحکم فی المملوکتین و المختلفتین وجهان. أقواهما العدم (۲).

[(مسألة ۲۸): الزنا الطارئ علی التزویج لا یوجب الحرمة]

(مسألة ۲۸): الزنا الطارئ علی التزویج لا یوجب الحرمة

علیها إلا بإذنها.

(۱) بل یکون من باب إدخال العمة أو الخالة علی بنت الأخ و الأخت، لأن الرجوع فی البذل یوجب الحکم بالزوجیة التنزیلیة، و هو حادث. نعم إذا رجع هو بها یکون رجوعه بها بحسب اعتبار العقلاء لیس إحداثاً للزوجیة بل رجوعاً للزوجیة السابقة کما سیأتی من المصنف (ره) فی المسألة الرابعة و الثلاثین، فیکون من إدخال بنت الأخ و الأخت علیها.

اللهم إلا أن یکون هذا النحو من الإدخال لیس موضوعاً لأدلة المنع، حتی لو قیل بالمنع عن الجمع بینهما بغیر إذن، کما هو مضمون خبر أبی الصباح

«۱»، لأن رجوع العمة بالبذل بمنزلة الاذن فی الجمع بینها و بین البنت. اللهم إلا أن تکون جاهلة بذلک.

(۲) و فی الجوهر: أنه التحقیق، و أنه ظاهر النصوص و الفتاوی، لاشتمالها علی التزویج و النکاح الظاهرین فی العقد، و اشتمالها علی الاذن المختص بالحرة. فتأمل. و خبر أبی الصباح لو سلمت حجیته، فحمله علی الوطء لا ـ قرینة علیه، و کذا علی الجامع بینه و بین العقد، لما ذکر. مع أن الجامع العرفی متعذر، فیتعذر عرفا استعماله فیه، فلا یصلح حجة علی المقام.

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۰۹

الحرمة، إذا کان بعد الوطء (۱)، بل قبله أیضا علی الأقوی (۲)

---

(۱) إجماعا بقسمیه علیه، کما فی الجواهر. و یشهد به النصوص المستفیضة أو المتواترة،

ففی صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الرجل یفجر بالمرأة، أ یتزوج بابنتها؟ قال (ع): لا، و لکن إن کانت عنده امرأة ثمَّ فجر بأمها أو أختها لم تحرم علیه امرأته، إن الحرام لا یفسد الحلال» «۱»

، و

فی مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل تزوج جاریة فدخل بها ثمَّ ابتلی بها ففجر بأمها أ تحرم علیه امرأته؟ فقال: لا، إنه لا یحرم الحلال الحرام» «۲»

، و

مصحح زرارة عن أبی جعفر (ع): «أنه قال فی رجل زنا بأم امرأته أو ببنتها أو بأختها فقال (ع): لا یحرم ذلک علیه امرأته. ثمَّ قال: ما حرم حرام حلالا قط» «۳».

و نحوها غیرها.

(۲) و هو المشهور شهرة عظیمة. و عن أبی علی: أنه قال إن عقد الأب أو الابن علی امرأة فزنی بها الآخر حرمت علی العاقد ما لم یطأها.

لعموم: (مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ) «۴» مع عدم القول بالفرق، و

لموثق عمار عن أبی عبد اللّه (ع): «فی الرجل تکون عنده الجاریة فیقع علیها ابن ابنه قبل أن یطأها الجد، أو الرجل یزنی بالمرأة هل

یجوز لابنه أن یتزوجها؟

قال (ع): لا، إنما ذلک إذا تزوجها فوطئها ثمَّ زنى بها ابنه لم یضره، لأن الحرام لا یفسد الحلال. و کذلک الجاریة» «۵».

و نحوه

خبر أبی

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۴) النساء: ۲۲.

(۵) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۱۰

فلو تزوج امرأة ثمَّ زنا بأمها أو بنتها لم تحرم علیه امرأته.

و کـذا لو زنا الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن. و کـذا لو زنا الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبیه. و کـذا الحال فی اللواط الطارئ على التزویج (۱). فلو تزوج امرأة و لاـط بأخیهـا أو أبیهـا أو ابنهـا لم تحرم علیه امرأته إلا أن الاحتیاط فیه لا یترک و أما إذا کان الزنا سابقاً على التزویج فان کان بالعمة أو الخالة

الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها أبداً، و إن کان قد تزوج ابنتها قبل ذلک و لم یدخل بها فقد بطل تزویجه، و إن هو تزوج ابنتها و دخل بها ثمَّ فجر بأمها بعد ما دخل بابنتها فلیس یفسد فجوره بأمها نکاح ابنتها إذا هو دخل بها، و هو قوله: لا یفسد الحرام الحلال إذا کان هکذا» «۱».

و نسب هـذا القول الى ظاهر الاستبصار. و مال إلیه فی الحدائق، و حکى ذلک عن بعض مشایخه المحققین من متأخری المتأخرین، اعتماداً على الخبرین، لأنهما من المقید الواجب حمل المطلق علیه.

و نوقش فی الأول: بأنه استدلال بالمفهوم، و هو ضعیف. و فی الثانی:

بضعف السند. لکن مفهوم الحصر حجة. و الثانی من الموثق، و هو أیضا حجة. فالعمدة فی وهن الخبرین إعراض المشهور عنهما. بل فی الریاض بعد الاستدلال للقول المذکور بخبر الکنانی قال: «و هو ضعیف، لشذوذه، و قد ادعى جماعة من الأصحاب الإجماع على خلافه». فاذاً لا مجال للاعتماد علیهما فی تقیید إطلاق نصوص الحل.

(۱) کما تقدم الکلام فیه فی المسألة الإحدى و العشرین من الفصل السابق، کما تقدم فیها وجه الاحتیاط الآتی. و الظاهر أنه لا فرق فی المقام بین

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۸.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۱۱

یوجب حرمة بنتیهما (۱)، و إن کان بغیرهما

الدخول و عدمه عندهم. و خلاف أبی علی کدلیله یختص بغیره.

(۱) علی المشهور شهرة عظیمة، بل فی محکی الانتصار: الإجماع علیه. و فی التذکرة: نسبته إلی علمائنا. و یشهد له فی الخالة مصحح محمد بن مسلم قال: «سأل رجل أبا عبد اللّه (ع) و أنا جالس عن رجل نال من خالته فی شبابه ثمَّ ارتدع یتزوج ابنتها؟ قال (ع): لا. قلت: إنه لم یکن أفضی إلیها إنما کان شیء دون شیء. فقال: لا یصدق و لا کرامة» «۱»

، و

موثق أبی أیوب عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سأله محمد بن مسلم و أنا جالس عن رجل نال من خالته و هو شاب ثمَّ ارتدع أ یتزوج ابنتها؟ قال:

لا. قال: إنه لم یکن أفضی إلیها إنما کان شیء دون ذلک، قال (ع):

کذب» «۲».

و بضمیمة عدم القول بالفصل یتعدی من الخالة الی العمة، أو

لروایة السرائر قال: «و قد روی أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما» «۳».

ثمَّ قال: «فان کان علی المسألة إجماع فهو الدلیل علیها». ثمَّ ناقش فی ثبوت الإجماع. و ظاهره التوقف فی الحکم المذکور.

و لأجله یشکل الاستدلال بروایته فضلا عن کونها مرسلة. کما یشکل التمسک بالإجماع، لما فی المختلف من قوله: «و لا بأس بالتوقف فی هذه المسألة، فإن عموم قوله تعالی (وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُمْ) «۴» یقتضی الإباحة».

و ظاهره أیضا عدم الاعتداد بروایة الخالة. و لعله لما فی المسالک من أنها ضعیفة السند ردیئة المتن، فإن السائل لم یصرح بوقوع الوطء أولا، و صرح

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۴) النساء: ۲۴.

ففیه خلاف (۱)، و الأحوط التحریم، بل لعله لا یخلو عن قوة.

بعدمه ثانیاً، و کذبه الامام (ع) فی ذلک، و هذا غیر لائق بمقامه، و هو قرینة الفساد. انتهی. لکن السند مصحح فی روایة الکافی و موثق فی روایة التهذیب، و کلاهما حجة. و تکذیب الامام (ع) لا بد أن یکون لوجه یعلمه. و نحوه

صحیح یزید الکناسی قال: «إن رجلا من أصحابنا تزوج امرأة قد زعم أنه کان یلاعب أمها و یقبلها من غیر أن یکون أفضی إلیها.

قال: فسألت أبا عبد اللّه (ع)، فقال لی: کذب، مره فلیفارقها.

قال: فأخبرت الرجل، فو اللّه ما دفع ذلک عن نفسه، و خلی سبیلها» «۱».

مع أنه لا یقدح فی حجیة الدلالة. و مثله الإشکال بأن الظاهر أن الروایتین حاکیتان عن واقعة واحدة، و فی روایة محمد

أن السائل رجل و هو جالس، و فی روایة أبی أیوب

أن السائل محمد و هو جالس، فهذا الاختلاف یوجب نوعاً من الوهن.

و بالجملة: لا مجال للمناقشة فی الروایة بعد اعتماد الأصحاب علیها.

و الموهنات المذکورة لا تخرجها عن موضوع الحجیة. بل الإنصاف أن تسالم الأصحاب علی الحکم المذکور و عدم حکایة الخلاف

فيه من أحد، بل و لا التوقف فيه إلا من الحلى و العلامة يوجب الاطمئنان بثبوته، و أن منشأه التسالم عند أصحاب الأئمة (ع) عليه. و من العجيب- كما قيل- توقف المختلف فى الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة فى غير العمة و الخالة، فإن أدلة التحريم فى غيرهما دالة عليه فيهما أيضا. إلا أن يكون مراده الحل من الحيثية المذكورة.

(۱) فالمحكى عن الأكثر، أو الأشهر، أو المشهور: الحرمة. و يقتضيه جملة من النصوص،

كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۵.

.....

عن الرجل يفجر بالمرأة أ يتزوج بابنتها؟ قال (ع): لا، و لكن إن كانت عنده امرأة ثمَّ فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال» «۱»

، و

صحيح العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل باشر امرأة و قبّل غير أنه لم يفض إليها، ثمَّ تزوج ابنتها. فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، و إن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها» «۲»

و

صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه (ع): «فى رجل كان بينه و بين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها؟ فقال: إن كان من قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها، و ليتزوجها هى إن شاء»

لكن

رواها فى الكافى بسند فيه إرسال هكذا: «فليتزوج ابنتها إن شاء، و إن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها و ليتزوجها» «۳»

فتكون دلالتها بالمفهوم المصرح به.

و

روى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة أ يتزوج ابنتها؟ قال (ع): إن كان قبلة أو شبهها فلا بأس، و إن كان زنا فلا» «۴»

و نحوها غيرها.

و المنسوب الى الفقيه، و المقنع، و المقنعة، و المسائل الناصرية، و المراسم، و السرائر، و الإرشاد، و كشف الرموز: الجواز. و فى النافع: أنه الوجه.

و فى الرياض: نسبته الى المشهور عند القدماء. و عن المسائل الناصرية:

الإجماع عليه. للنصوص الكثيرة، منها

صحيح سعيد بن يسار قال «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل فجر بامرأة، يتزوج ابنتها؟ قال (ع): نعم يا سعيد، إن الحرام لا يفسد الحلال» «۵»

و

صحيح هشام بن المثنى عن

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۸.

(۵) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۶.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۱۴

.....

أبی عبد اللّه (ع): «أنه سئل عن الرجل يأتی المرأة حراماً أ يتزوجها؟ قال (ع): نعم، و أمها و بنتها» «۱».

و

صحيحته الأخرى قال: «كنت عند أبی عبد اللّه فقال له رجل: رجل فجر بامرأة أ تحل له ابنتها؟ قال (ع): نعم، إن الحرام لا يفسد الحلال» «۲».

و فی بعض النسخ رواية المتن الأول عن هاشم بن المثنى و الظاهر منهما واحد. و موثق حنان بن سدير قال: «كنت عند أبی عبد اللّه (ع) إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحا، هل تحل له ابنتها؟ قال (ع): نعم، إن الحرام لا يحرم الحلال» «۳».

و

صحيح صفوان قال: «سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة و هی جارية قوم آخرين ثمَّ اشترى ابنتها، أ تحل له ذلك؟ قال (ع): لا يحرم الحرام الحلال. و رجل فجر بامرأة حراماً أ يتزوج بابنتها؟ قال (ع): لا يحرم الحرام الحلال» «۴».

و

المرسل عن زرارة قال: «قلت لأبی جعفر (ع):

رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها؟ قال (ع): ما حرم حرام حلالا قط» «۵».

و هذه النصوص- كما ترى- مشتملة على الصحيح و غيره، كالطائفة السابقة.

و فی الجواهر: «أن الجميع- كما ترى- قاصر عن معارضة ما عرفت (يعنی: الطائفة الأولى) سنداً، و عدداً، و عاملا، و دلالة، لاحتمال الجميع الفجور بغير الجماع، أو به و لكن بعد التزويج، أو التقية، و هو أحسن المحامل».

و لا يخفى أن كلا من الطائفتين مشتمل على الصحيح و غيره. و تفاوت

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۷.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱۰.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱۱.

(۴) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱۲.

(۵) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۹.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۱۵

.....

العدد فی الجملة ما لم یبلغ حد صدق الأشهر کتفاوت عدد العامل لا أثر له فی الترجیح. و احتمال حمل الأخیر علی الفجور بغیر الجماع- مع أنه بعید فی نفسه- لا یتأتی فی صحیحة هشام

و موثق حنان

. کما أن حملها علی ما بعد التزویج أیضا بعید. و الحمل علی التقیة إنما یکون مع تعذر الجمع العرفی، و هو ممکن بحمل الطائفة الأولی علی الکراهة، بل هو أقرب الوجوه.

مع أنه لا قرینة علی الحمل علی التقیة، و لا سیما بملاحظة أن القول بالحرمة مشهور عند المخالفین، فقد نسبه فی التذکرة إلی عمران بن الحصین، و عطا، و طاوس، و مجاهد و النخعی، و الثوری، و أحمد، و إسحاق، و أصحاب الرأی.

و من ذلک تشکل دعوی أن الظاهر من

النبوی: «الحرام لا یفسد الحلال، أو لا یحرم الحلال»

: الحلال الفعلی، و هو إنما یکون مع سبق التزویج علی الزنا، أما مع سبق الزنا فالحل تقدیری، و الحمل علی التقدیری خلاف الظاهر، فأرادوا (ع) تنبیه المخالفین علی غلطهم فی الحمل علی التقدیری. فإنها غیر واضحة المأخذ، کیف؟! و صریح الطائفة الثانیة الحل التقدیری، کما هو ظاهر الآیة الشریفة (وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُمْ) «۱» فمن الجائز أن یکون الغلط فی الحمل علی الحلال الفعلی، لأن النبوی جار مجری الآیة الشریفة، و الحل فیها تقدیری، فتکون قرینة علی إرادة الحل التقدیری من النبوی أیضاً، و یکون التخصیص بالفعلی لأجل التقیة.

و بالجملة: النصوص الواردة فی هذه الأبواب علی أربع طوائف.

إحداها: ما لم یتعرض لبیان المراد من الحدیث من حیث الاختصاص بالحلال الفعلی أو الأعم منه و من التقدیری، کمصحح الحلبی

، و مصحح زرارة

المتقدمین و نحوهما، فان موردها و إن کان الحلال الفعلی لکن المورد لا یخصص الوارد. و الطوائف الثلاث الباقیة متعرضة لذلک. الأولی:

---

(۱) النساء: ۲۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۱۶

.....

ما یدل علی أن المراد بالحلال الحلال الفعلی بشرط الوطء، کموثق عمار

، و خبر الکنانی

المتقدمین فی صدر المسألة. الثانیة: ما یدل علی أن المراد الحلال الفعلی بعقد أو ملک. کصحیح محمد بن مسلم المتقدم

. الثالثة: ما یدل علی أن المراد الحلال و لو تقدیریاً، کصحیح سعید بن یسار

، و صحیح صفوان

، و صحیحة هشام بن المثنی

، و موثق حنان بن سدير

، و المرسل عن زرارة

. و نحوها، و

خبر محمد بن منصور الكوفى قال: «سألت الرضا (ع) عن الغلام يعبث بجارية لا يملكها و لم يدرك أ يحل لأبيه أن يشتريها أو يمسها؟ فقال: لا يحرم الحرام الحلال» «۱».

و قد عرفت أن الطائفة الأولى منها مهجورة، فيبقى التعارض بين الطائفتين الأخيرتين. و لا ينبغى التأمل فى ترجيح الثانية، لكثرة العدد، و انفراد الثالثة بالصحيح المذكور.

و أما الحمل على التقية: فقد عرفت أنه لا مأخذ له فى كلتا الطائفتين، و ليس فى النصوص ما فيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين فى المسألة هو التحريم، أو أن المراد بالحديث الشريف هو العموم أو الخصوص.

نعم استدل فى التذكرة على الحل بعد أن نسبه الى جماعة من المخالفين و منهم مالك، و الشافعى، بما

رواه العامة عن النبى (ص): «أنه سئل عن رجل يزنى بامرأة ثمَّ يريد أن يتزوج ابنتها. فقال: لا يحرم الحرام الحلال» «۲»

، ثمَّ استدل للشيخ بعد أن نسب اليه القول بالحل بأمور، منها قوله:

«لا يحرم الحرام الحلال»

، فحمل الحلال فى الحديث على الحلال و لو تقديراً لا يختص بالمخالفين، و لا هو مذهب جميعهم، و لا المشهور بينهم. و أما صحيح مرازم قال «سمعت أبا عبد اللّه (ع) و قد سئل عن

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۵.

(۲) يوجد قريب منه فى كنز العمال الجزء: ۸ حديث: ۴۰۶۴، سنن البيهقى الجزء: ۷ باب الزنى لا يحرم الحلال.

.....

امرأة أمرت ابنها أن يقع على جارية لأبيه فوقع، فقال (ع): أثمت، و أثم ابنها. و قد سألنى بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له: أمسكها فإن الحلال لا يفسده الحرام» «۱».

فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه.

و المتحصل: أن نصوص التحريم صالحة للحمل على الكراهة، عدا مصحح يزيد الكناسى المتقدم

، و صحيح محمد بن مسلم

. و التعارض بينهما و بين نصوص التحليل يقتضى الأخذ بالثانية، لأنها أرجح بكثرة العدد.

و كأن ما فى الشرائع من حكمه بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً مبنى على ملاحظة جميع نصوص التحريم حتى ما أمكن الجمع العرفى بينها و بين نصوص التحليل. و إلا فالذى لا يقبل الجمع العرفى منها منحصر بالروايتين المذكورتين، بل مصحح يزيد يمكن حمل الفراق فيه على الفراق بالطلاق، فتنحصر المعارضة بصحيح محمد. و لو سلم التساوى من حيث السند و العدد فنصوص التحليل موافقة للكتاب، و معتضدة بعموم قوله تعالى (وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ)، فالأخذ بها متعين.

ثمَّ إنه لو قلنا بالتحريم فكما تحرم بنت المزنى بها و أمها على الزانى تحرم المزنى بها على أبى الزانى و ابنه. لأن الزنا على هذا القول بمنزلة الدخول بالعقد الصحيح، فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين، فلاحظ كلماتهم. و نصوص التحريم أيضا متعرضة لذلك،

ففی صحیح أبی بصیر: «سألته عن الرجل یفجر بالمرأة، أ تحل لابنه؟ أو یفجر بها الابن، أ تحل لأبیه؟ قال: إن کان الأب أو الابن مسها لم تحل» «۲».

و

خبر ابن جعفر عن أخیه موسی (ع) قال: «سألته عن رجل زنی بامرأة، هل تحل لابنه أن یتزوجها؟ قال (ع): لا» «۳».

و نحوهما غیرهما.

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۱۸

و کذا الکلام فی الوطء بالشبهة، فإنه إن کان طارئاً لا یوجب الحرمة (۱)، و إن کان سابقاً علی التزویج أوجبها (۲).

---

(۱) کما عن الأکثر، للأصل.

(۲) کما هو المشهور شهرة عظیمة. و خالف فی ذلک ابن إدریس قال: «فاما عقد الشبهة و وطء الشبهة فعندنا لا ینشر الحرمة، و لا یثبت به تحریم المصاهرة بحال». و قال فی الشرائع: «و أما الوطء بالشبهة فالذی خرجه الشیخ أنه بمنزلة النکاح الصحیح. و فیه تردد، أظهره أنه لا ینشر الحرمة». و نحوه فی النافع. و فی القواعد: «و هل یلحق الوطء بالشبهة و الزنا بالصحیح؟ خلاف». و فی جامع المقاصد «ان الزنا یحرم، کما سیأتی إن شاء اللّه، فالوطء بالشبهة أولی. لأنه وطء محترم شرعاً، فیکون الحاقه بالوطء الصحیح فی ثبوت حرمة المصاهرة أولی من الزنا.

و لأن معظم أحکام الوطء الصحیح لاحقة به، فإن أعظم الاحکام النسب، و هو فی الشبهة کالصحیح. و کذا وجود المهر. و تخلف المحرمیة لا یضر، فإنها متعلقة بکمال حرمة الوطء ..». و سبقه الی بعض ذلک فی التذکرة، و تبعه علی ذلک فی المسالک و غیرها. لکن الخروج عن عموم الحل بذلک کما تری. و مثله الاستدلال بقوله تعالی (وَ لا تَنْکِحُوا ما نَکَحَ آباؤُکُمْ) «۱»، إذ لم یثبت إرادة الوطء من النکاح. و لأجل ذلک لم یعتمد فی الجواهر إلا علی الإجماع الذی ادعاه فی التذکرة. و حکی فیها عن ابن المنذر دعوی الإجماع علیه من کل من یحفظ من علماء الأمصار، وعد منهم أصحاب النص، و هم الإمامیة. و سبقه الی ذلک فی الریاض. و هو کما تری أیضا، فإن خلاف مثل الحلی، و المحقق، و توقف العلامة فی القواعد مانع من صحة الاعتماد علی الإجماع. و کان الأولی الاستدلال له

بحدیث: «لا یحرم

---

(۱) النساء: ۲۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۱۹

[(مسألة ۲۹): إذا زنی بمملوکة أبیه]

(مسألة ۲۹): إذا زنی بمملوکة أبیه، فإن کان قبل أن یطأها الأب حرمت علی الأب (۱)،

الحرام الحلال»

بناء على أن المراد من الحلال الأعم من التقديرى، فان تعليل انتفاء المصاهرة بالوطء من جهة الحرمة يقتضى ثبوت المصاهرة مع انتفاء الحرمة، كما فى الشبهة. لكن مقتضى ذلك ثبوت المصاهرة حتى إذا كان الوطء لاحقاً، و لا يظن الالتزام به. مع أنه موقوف على إرادة الزنا من الحرام، مع أن الظاهر منه الحرام الواقعى و لو مع العذر، فيشمل الشبهة.

ثمَّ إن الأدلة المذكورة مختلفة المفاد، فإن الإجماع يقتضى الاقتصار فى التحريم على الوطء السابق على العقد، لأنه القدر المتيقن منه. و مثله الأولوية من الزنا بناء على التحريم به، فإنه مختص بالزنا السابق. و أما الاستقراء، و عموم (لٰا تَنْكِحُوا مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ): فمقتضاهما العموم للسابق و اللاحق، فان الوطء الصحيح إذا فرض لاحقاً لا بد أن يبطل السابق، و كذا إطلاق الآية. فلاحظ.

(۱) قال فى القواعد: «و لو وطأ أحدهما مملوكة الآخر (يعنى: قبل وطء المالك، كما يظهر مما بعده) بزنا أو شبهة ففى التحريم نظر». و حكى فى كشف اللثام: التحريم عن الشيخ و ابنى الجنيد و البراج. و استدل له بعموم:

(مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ) مع عدم القول بالفصل- يعنى: بين منكوحة الأب و منكوحة الابن-، و كون النكاح فى اللغة بمعنى الوطء. و لخبر عمار المتقدم فى صدر المسألة

. و هو و إن ضعف، لكن يؤيده أخبار تحريم زوجة أحدهما عليه بزنا الآخر قبل العقد. انتهى. و فى جامع المقاصد جعل التحريم هو الأصح، لما ذكر.

لكن انطباق العموم على ما نحن فيه غير ظاهر، لعدم ثبوت إرادة

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۲۰

.....

الوطء من النكاح. و موثق عمار

قد عرفت إشكال و عدم العامل به الا ابن الجنيد. اللهم إلا أن يكون حجة على الحرمة فى الجارية غير الموطوءة للمالك و إن لم يكن حجة عليها فى الزوجة غير الموطوءة، و لا مانع من التفكيك بين المفادين فى الحجية. مضافا الى

صحيح عبد اللّه بن يحيى الكاهلى قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) و أنا عنده عن رجل اشترى جارية و لم يمسها، فأمرت امرأته ابنه و هو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها، فما ترى فيه؟ فقال: أثم الغلام، و أثمت أمه، و لا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها» «۱».

نعم يعارضه صحيح مرازم المتقدم فى أواخر المسألة السابقة.

لكنه مطلق من حيث الوطء و عدمه، فيقيد إطلاقه بالصحيح المذكور. و كذلك

خبر زرارة قال: «قال أبو جعفر (ع): إذا زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، و لا يحرم الجارية على سيدها، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية و هى له حلال، فلا تحل تلك الجارية لابنه و لا لأبيه» «۲».

اللهم إلا أن يقال: إن ظاهر الموثق أن التحريم فى الزنا السابق و كذا اللاحق إذا لم يكن دخول ناشئ من كون المراد من «أن الحرام لا يفسد الحلال»

«۳» خصوص الحلال بعد الوطء، فالتحريم فى الزوجة و الجارية فرع على التفسير المذكور، فاذا بطل الأصل بطل الفرع، و التفكيك غير ممكن عرفاً. و أما صحيح الكاهلى فالظاهر أو المحتمل من

قوله (ع): «و لا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها»

أنه إشارة عليه بذلك و نصيحة له، و إن كان لأجل الكراهة، فلا يدل على الحرمة، و لا يصلح

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۱

و إن کان بعد وطئه لها لم تحرم (۱). و کذا الکلام إذا زنی الأب بمملوکة ابنه (۲).

[(مسألة ۳۰): لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الدبر]

(مسألة ۳۰): لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الدبر (۳).

لتقیید إطلاق ما دل علی الحل. فالبناء علی الحل أنسب بقواعد العمل بالأدلة. فتأمل.

(۱) فی القواعد: أنه الأصح. و نسبه فی جامع المقاصد و کشف اللثام إلی الأکثر، لعموم: «الحرام لا یحرم الحلال»

«۱». و یقتضیه موثق عمار

، و صحیح مرازم

«۲»، و خبر زرارة

، و قیل بالتحریم، لعموم قوله تعالی (وَ لٰا تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ). و هو ضعیف لعدم ثبوت کون النکاح هو الوطء أولا، و لتخصیصه بما عرفت ثانیا. هذا و یظهر من الجواهر أنه لا قائل بالتحریم و أن الإجماع بقسمیه علی عدمه. لکن عرفت ما فی جامع المقاصد و کشف اللثام من حکایة قولین فی المسألة، و أن الأکثر علی عدم التحریم.

(۲) فإن المسألتین عند الأصحاب من باب واحد و حکم واحد، و إن خلت النصوص عن التعرض للثانیة مع تعرضها للأولی.

(۳) قال فی التذکرة: «تنبیه: لا فرق فی الزنا بین الوطء فی القبل و الدبر، لعموم الآیة قوله تعالی (وَ لٰا تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ) و (وَ رَبٰائِبُکُمُ) و (وَ أُمَّهٰاتُ نِسٰائِکُمْ) «۳». و لأنه یتعلق به التحریم فیما إذا وجد فی الزوجة و الأمة، فکذلک فی الزنا». و الاشکال علیه ظاهر. و العمدة صدق الزنا فی المقامین. مع أن الحکم مما لا إشکال فیه علی الظاهر.

---

(۱) راجع المسألة: ۲۸ من هذا الفصل.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳، ۴.

(۳) النساء: ۲۲، ۲۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۲

[(مسألة ۳۱): إذا شک فی تحقق الزنا و عدمه بنی علی العدم]

(مسألة ۳۱): إذا شک فی تحقق الزنا و عدمه بنی علی العدم (۱). و إذا شک فی کونه سابقا أو لا بنی علی کونه لاحقاً (۲)

---

(۱) للأصل.

(۲) ظاهر العبارة: العمل بأصالة تأخر الحادث التی اشتهر ذکرها فی کلماتهم. و قد تحقق أنها لا أصل لها و لا حجة علیها.

هذا و الذی ینبغی أن یقال: إن الصور المفروضة فی المقام ثلاث:

تارة: یعلم تاریخ العقد و یشک فی تاریخ الزنا. و أخری: عکس تلک.

و ثالثة: یجهل تاریخ الأمرین، أما إذا علم تاریخ العقد و شک فی تاریخ الزنا فأصالة عدم الزنا الی حین العقد یقتضی الحل. و أما إذا شک فی تاریخ العقد و علم تاریخ الزنا فأصالة عدم العقد الی حین الزنا تثبت کون الزنا محرماً، لأن من زنی بامرأة لم یعقد علیها أبوه أو ابنه حرمت علیهما، و هذا المعنی یثبت بعضه بالوجدان و بعضه بالأصل، فیترتب التحریم علیه.

و بالجملة: المستفاد من الأدلة أن من عقد علی امرأة لم یزن بها أبوه أو ابنه فهی له حلال، و من زنی بامرأة لم یعقد علیها أبوه أو ابنه فهی علیهما حرام، و الأول یثبت بعضه بالوجدان و بعضه بالأصل إذا علم تاریخ العقد و شک فی تاریخ الزنا. و الثانی أیضا یثبت بعضه بالأصل و بعضه بالوجدان إذا علم تاریخ الزنا و جهل تاریخ العقد. و أما إذا جهل التاریخان معا فأصالة عدم أحدهما إلی زمان الآخر إما غیر جاریة ذاتا، أو ساقطة للمعارضة، فلا یمکن إثبات موضوع التحریم الأبدی و لا نفیه، و حینئذ تکون الشبهة موضوعیة، و لأجل أنه لا یجوز الرجوع الی عمومات الحل فیها یتعین الرجوع الی أصالة عدم ترتب الأثر علی العقد، فیحکم ببطلانه. إلا أن یقال: المرجع أصالة الصحة فی العقد، فیبنی علی ترتب أثره و تحقق الزوجیة.

هذا فی الزوجة. و أما الأمة: فالکلام فیها بعینه ما ذکر أولا فی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۳

[(مسألة ۳۲): إذا علم أنه زنی بإحدی الامرأتین و لم یدر أیتهما هی؟]

(مسألة ۳۲): إذا علم أنه زنی بإحدی الامرأتین و لم یدر أیتهما هی؟ وجب علیه الاحتیاط إذا کان لکل منهما أم أو بنت (۱). و أما إذا لم یکن لإحداهما أم و لا بنت، فالظاهر جواز نکاح الأم أو البنت من الأخری (۲).

[(مسألة ۳۳): لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریا أو إجباریا أو اضطراریا]

(مسألة ۳۳): لا فرق فی الزنا بین کونه اختیاریا أو إجباریا أو اضطراریا (۳)

الزوجة، فان المستفاد من الأدلة أیضا أن من زنی بمملوکة أبیه أو ابنه قبل أن یطأها المالک حرمت علی المالک، و من زنی بها بعد أن وطأها المالک لم تحرم. فاذا علم بهما و شک فی المتقدم منهما، فان علم تاریخ الزنا و شک فی تحقق الوطء من المالک قبله فأصالة عدم الوطء الی حین الزنا یثبت کونه محرماً. و إذا علم تاریخ الوطء و شک فی تاریخ الزنا فأصالة عدم الزنا الی حین الوطء یثبت کونها حلالا- و إذا جهل التاریخان لم یجر الأصلان معا. و لا مجال للرجوع الی عمومات الحل، لکون الشبهة موضوعیة و لا مجال للرجوع إلی أصالة الصحة، لأن الوطء لا یتصف بالصحة و الفساد، بل یتعین الرجوع الی استصحاب الحل الثابت قبل الزنا. و لولاه تعین الرجوع الی أصالة البراءة، إلا بناء علی ما اشتهر من لزوم الاحتیاط فی الفروج.

(۱) لأن العلم الإجمالی بالحرمة یوجب تنجز الحرمة، فیجب الاحتیاط عقلا فی جمیع الأطراف و المحتملات.

(۲) لأنه مع خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء یکون الباقی بحکم الشبهة البدویة التی عرفت أن الحکم فیها الحل، لأصالة عدم الزنا من غیر مانع و لا معارض.

(۳) قد اختلفت کلمات الجماعة فی تمییز الشبهة من الزنا، فالذی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۴

.....

ذکره فی المسالک فی المقام أن المراد بوطء الشبهة ما لیس بمستحق منه مع عدم العلم بتحریمه، کالوطء فی نکاح فاسد، أو شراء فاسد، لم یعلم فسادهما، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته، أو أمة مشترکة بینه و بین غیره، فظن إباحتها له بذلک. انتهی. و فی الجواهر عن مصابیح العلامة الطباطبائی:

أنه الوطء الذی لیس یستحق فی نفس الأمر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق، أو صدوره عنه بجهالة مغتفرة فی الشرع. أو مع ارتفاع التکلیف بسبب غیر محرم. انتهی. و مقتضی التعریفین المذکورین للشبهة: أن الزنا الإجباری، و الإکراهی، و فی حال الصبا، و فی حال النوم، و زنا الجنون، کله من الشبهة، لصدق عدم العلم بتحریمه فی التعریف الأول، و صدق ارتفاع التکلیف بسبب غیر محرم فی التعریف الثانی، فی الجمیع. و فی الجواهر- بعد ذکر التعریف الثانی و ما یتعلق به- قال: «فالمتحصل من ذلک أن وطء الشبهة ثلاثة أقسام .. الی أن قال: الثالث: الوطء غیر المستحق و لکن صدر ممن هو غیر مکلف کالنائم و المجنون و السکران بسبب محلل و نحوهم»، ثمَّ تعرض بعد ذلک للإشکال علی التعریف المذکور من وجوه، و لم یتعرض للإشکال فی کون القسم الثالث من أقسام وطء الشبهة. ثمَّ حکی عن بعض عن الأکثر تعریفه بأنه الوطء الذی لیس بمستحق مع ظن الاستحقاق. و أشکل علیه بوجوه: منها: أنه یخرج منه وطء غیر المکلف کالمجنون و النائم و غیرهما. و ظاهره المفروغیة عن کون وطء غیر المکلف من الشبهة، لا من الزنا.

و فی المسالک فی کتاب الحدود فی شرح قول ماتنه: «أما الموجب (یعنی: موجب حد الزنا) فهو إیلاج الإنسان ذکره فی فرج امرأة محرمة، من غیر عقد و لا ملک و لا شبهة» قال: «هذا تعریف لمطلق الزنا الموجب للحد فی الجملة. و یدخل فی الإنسان الصغیر و الکبیر و العاقل و المجنون،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۵

.....

فلو زاد فیه المکلف لکان أجود. و یمکن تکلف إخراجهما بقوله: «فی فرج امرأة محرمة علیه»، فإنه لا تحریم فی حقهما. و کذا یدخل فیه المختار و المکره، و یجب إخراج المکره، إلا أن یخرج بما یخرج به الأولان».

و ظاهره أیضاً کون وطء غیر المکلف خارج عن الزنا و داخل فی الشبهة.

لکن فی الجواهر أشکل علیه بأنهما علی التقدیر المزبور (یعنی: تقدیر عدم التحریم فی حقهما) تکون من الشرائط فی الحد، لا فی حقیقة الزنا.

و ظاهره أن وطء غیر المکلف داخل فی الزنا، و إن لم یجب علیه الحد.

و فی الریاض بعد قول ماتنه فی الکلام علی حد الزنا: «أما الموجب فهو إیلاج الإنسان فرجه فی فرج امرأة من غیر عقد و لا ملک و لا شبهة» قال: «و إطلاق العبارة و إن شمل غیر المکلف، إلا أنه خارج بما زدناه من قید التحریم. مع احتمال أن یقال: التکلیف من شرائط ثبوت الحد بالزنا، لا أنه جزء من مفهومه، فلا یحتاج الی ازدیاد التحریم من هذا الوجه». و ظاهره المیل الی ما سبق عن الجماعة من کون وطء غیر المکلف من الشبهة، و إن احتمل أخیراً أنه من الزنا، و أشکل علیه فی الجواهر:

بأن ذلک لا یوجب الزیادة المزبورة، ضرورة تحقق الإیلاج بامرأة بلا عقد و لا ملک و لا شبهة و إن لم یکن فی ذلک حرمة علیه، لعدم التکلیف الذی فرض عدم مدخلیته فی تحقق معنی الزنا الذی هو علی التقدیر المزبور وطء الأجنبیة التی هی غیر الزوجة و المملوکة عیناً أو منفعة. و مقتضاه أن وطء الشبهة زنا لغة و عرفاً لکنه لا یوجب الحد، و هو مناف لمقابلته به فی النکاح، المقتضیة لکونه وطء الأجنبیة علی أنها أجنبیة. ثمَّ قال:

«و لعل ذکر الأصحاب بعض القیود فی التعریف من حیث ثبوت الحد به و عدمه و لو للشرائط الشرعیة لذلک، لا لکشف مفهومه، و قال رسول اللّه (ص) لماعز بعد إقراره بالزنا أربعاً، أ تعرف الزنا؟ فقال:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۶

.....

هو أن یأتی الرجل حراماً کما یأتی أهله حلالًا» «۱».

انتهی ما فی الجواهر.

و ظاهره المیل الی عموم الزنا لوطء غیر المکلف. و فی التذکرة قال:

«أما إذا اختصت الشبهة بأحدهما و الآخر زانیاً بأن یأتی الرجل فراش غیر زوجته غلطاً، فیطؤها و هی عالمة، أو أتت المرأة غیر زوجها غالطة و هو عالم، أو کانت هی جاهلة أو نائمة أو مکرهة و هو عالم، أو مکنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً فکذلک». و ظاهره کون وطء النائم و المکره من وطء الشبهة .. الی غیر ذلک من کلمات الجماعة الظاهرة فی اختلافهم فی دخول وطء من ارتفع عنه التکلیف لصبا و نوم و نحوهما فی الزنا، أو فی وطء الشبهة. و کلمات الجواهر فی المقام و فی کتاب الحدود لا تخلو من مدافعة.

و الذی یظهر بعد النظر و التأمل هو دخوله فی الزنا بالمعنی اللغوی و العرفی، بل دخول وطء الشبهة فیه، و لیس الزنا إلا مطلق الوطء غیر المستحق و إن کان شبهة. و أما فی عرف الشارع و المتشرعة: فالزنا یقابل وطء الشبهة. و المراد بوطء الشبهة: الوطء غیر المستحق لشبهة، بحیث تکون الشبهة من علل وجوده، فاذا کان الوطء غیر مستحق و کانت الشبهة دخیلة فی وجوده فهو وطء شبهة، و لیس من الزنا، و إن لم تکن دخیلة فیه فهو زنا. و هذا هو وجه المقابلة بین الشبهة و الزنا، و لا تقتضی المقابلة بینهما أن یکون معناه وطء الأجنبیة علی أنها أجنبیة، کما تقدم عن الجواهر. و لعل قول ماغر: «أتیت منها حراماً ..» بیان الزنا الذی یجب فیه الحد، لا الزنا فی مقابل الشبهة. علی أنه غیر ثابت. و علیه فالأحکام الثابتة للزنا فی مقابل الشبهة تثبت فی فروض المسألة کلها، إلا أن تقوم القرینة علی الاختصاص بنوع دون نوع و بحال دون حال.

(۱) سنن البیهقی الجزء: ۸ صفحة ۲۲۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۲۷

.....

و من ذلک یظهر أن الأحکام الأربعة المشهورة الثابتة للزنا فی الجملة- و هی نفی العدة، و نفی المهر، و نفی النسب، و ثبوت الحد- لا بد من ملاحظة أدلتها لیتضح أنها ثابتة له مطلقاً أو مقیداً.

و الظاهر من أدلة الحد اختصاصه بالمعصیة، لأنه المجازاة علیها لقطع دابر الفساد، فلا یشمل صورة ارتفاع التکلیف. مضافاً الی ما ورد من أنه لا حد علی مجنون حتی یفیق، و لا علی صبی حتی یدرک، و لا علی النائم حتی یستیقظ

«۱» و نحوه غیره مما ورد فی الصبی، و المستکره

«۲» و غیرهما. و لعل أدلة نفی النسب عن الزانی أیضاً مختصة بذلک، لأن العمدة فیه

قول النبی (ص): «الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۳».

و عموم العاهر لمطلق الزانی غیر ظاهر. و لا یبعد أیضاً ذلک فی مثل:

«لا مهر لبغی»

، فان البغاء غیر ظاهر العموم لمطلق الزنا. و أما نفی العدة فهو محل کلام و خلاف، و قد أفتی بعض بوجوب العدة علی الزانیة و عدم جواز تزویجها قبل انتهاء العدة. و بالجملة لا بد من ملاحظة أدلة الأحکام من حیث العموم و الخصوص. و الکلام فی ذلک موکول

الى مقام آخر.

نعم لا ينبغى التأمل فى أن نشر الحرمة بالزنا لا قصور فى إطلاق أدلته، فيجب الأخذ بها فى فرض المسألة.

ثمَّ إن الـذى يظهر من تعريف الشـبهة المنسوب إلى الأـكثر الاكتفـاء بمطلق الظن و إن لم يكن حجـة، بل هو ظاهر المحكى من كلام جماعة من الفقهاء، كالشيخ فى النهاية، و المحقق فى الشرائع، و النافع، و العلامة فى

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب مقدمات الحدود حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب حد الزنا.

(۳) مستدرک الوسائل باب: ۷۳ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ۱، الوسائل باب: ۸ من أبواب ميراث ولد الملاعنة حديث: ۱، ۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۲۸

.....

القواعـد، و غيرهم. فقـد اشـتملت عبـاراتهم فى تمثيـل الشـبهة على ذكر الظن و إخبـار مخبر. و نحو ذلـك ما تقـدم عن المسالك فى تعريف الشـبهة و التمثيل لها. و ظاهر ذلک الاكتفاء بمطلق الظن و إن لم يكن حجة فى نظر الواطئ. و يحتمل اعتبار كونه حجة شرعاً، فاذا لم يكن حجة شـرعاً كان الوطء زنا. و هو ظاهر محكى مصابيح العلامة الطباطبائى، معللًا بأن الفروج لا تسـتباح إلا بسـبب شرعى، فـإذا لم يتحقق فيه السـبب المبيـح فهو وطء محرم داخـل فى الزنا. و من المعلوم ان الشارع لم يبـح الوطء بمجرد الاحتمال أو الظن، و إنما أباحه بشـرط العلم بالاسـتحقاق أو حصول ما جعله امارة للحل، فبدونهما لا يكون الوطء إلا زنا .. الى آخر كلامه المحكى. و فى المسالـک- بعـد أن نقل عن الشـيخ و غيره تحقق الشـبهة فى الوطء بظن المرأة خليـة من الزوج، أو ظن موت زوجها، أو طلاقه، سواء استند الى حكم الحاكم، أو شهادة الشهود، أو إخبار مخبر- قال:

«إن الحكم المذكور لا إشـكال فيه على تقدير حكم الحاكم أو شـهادة شاهدين يعتمد على قولهما شـرعا و إن لم يحكم حاكم .. الى أن قال: و أما على تقـدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شـرعا- كالواحـد- فينبغى تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلًا منهما بالحكم، فلو علما بعـدم الجواز كانا زانيين، فلا يلحق بهما الولـد، و لا عـدة عليها منه. و لو جهل أحـدهما ثبتت العـدة و لحق به الولد، دون الآخر و فى التحرير صرح بالاجتزاء بخبر الواحد. و هو محمول على ما ذكرنا ليوافق القوانين الشرعية».

و نحوه المحكى من عبـارة شـرح النافع و غيرها. و ظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجيـة غفلـة، و إن لم يكن حجـة شـرعاً، و كان الوطء فيه محرماً، لكون الواطئ من الجاهل المقصـر المسـتحق للعقاب. و يحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة لا واقعاً و لا ظاهراً، بأن كان متردداً و متنبها للسؤال، فلم

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۲۹

.....

يسأل و أقدم على الوطء. و فى الجواهر: أنه لاـ يخلو من قوة. و هو ظـاهر تعريف المسالک، بناء على إرادة الأعم من العلم حقيقـة أو تعبداً. فهذه احتمالات أو أقوال أربعة فى الفرق بين الشبهة و الزنا مستفادة من كلمات الأصحاب.

و أما النصوص:

ففى موثق زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: «إذا نعى الرجل إلى أهله، أو أخبروها أنه قـد طلقها فاعتدت، ثمَّ تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن زوجها الأول أحق بها من هـذا الأخير، دخل بها الأول أو لم يدخل بها، و ليس للآخر أن يتزوجها أبداً، و لها المهر بما استحل من

فرجها» «۱».

و

مصحح محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع) قال: «قضی فی رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل، فنکحت امرأته و تزوجت سریته، فولدت کل واحدة من زوجها، ثمَّ جاء الزوج الأول أو جاء مولی السریة. قال: فقضی فی ذلک أن یأخذ الزوج الأول امرأته و یأخذ السید سریته و ولدها، أو یأخذ عوضاً من ثمنه» «۲».

و

مصحح یزید الکناسی قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن امرأة تزوجت فی عدتها. فقال: إن کانت تزوجت فی عدة طلاق لزوجها علیها الرجعة فان علیها الرجم. الی أن قال: قلت: أرأیت إذا کان منها بجهالة قال: فقال ما من امرأة الیوم من نساء المسلمین إلا و هی تعلم أن علیها عدة فی طلاق أو موت. و لقد کن نساء الجاهلیة یعرفن ذلک. قلت:

فان کانت تعلم أن علیها عدة و لا تدری کم هی؟ فقال: إذا علمت أن علیها العدة لزمتها الحجة فتسأل حتی تعلم» «۳»

، و

صحیح أبی عبیدة الحذاء عن أبی عبد اللّه (ع): «عن امرأة تزوجت رجلًا و لها زوج

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

(۳) الوسائل باب: ۲۷ من أبواب حد الزنا حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۰

.....

فقال (ع): إن کان زوجها الأول مقیما معها فی المصر التی هی فیه تصل الیه و یصل إلیها فإن علیها ما علی الزانی المحصن الرجم .. الی أن قال:

قلت: فان کانت جاهلة بما صنعت. قال: فقال: أ لیس هی فی دار الهجرة؟ قلت: بلی. قال: ما من امرأة من نساء المسلمین إلا و هی تعلم أن المرأة المسلمة لا یحل لها أن تتزوج زوجین. قال: و لو أن المرأة إذا فجرت قالت: لم أدر، أو جهلت أن الذی فعلت حرام، و لم یقم علیها الحد إذاً لتعطلت الحدود» «۱».

لکن الأخیر غیر ظاهر فی وطء الشبهة، و إنما هو ظاهر فی دعوی الشبهة و أنها غیر مسموعة، لا أنها لو صحت لا تجدی فی رفع الید حتی عن الحد، حتی یکون مما نحن فیه. و نحوه ما قبله. نعم ظاهر ذیله صحة الدعوی، لکن لا تعرض فیه للحد «و إنما فیه تعرض لوجوب السؤال و عدم المعذوریة. اللهم إلا أن یکون المراد ان سماع دعواها لا یستوجب رفع الحد لوجوب السؤال. لکن علی هذا التقدیر یکون وجوب الحد مختصاً بالجاهل المتردد، فلا یشمل الجاهل الغافل و إن کان مقصراً و مأثوماً.

لکن هذا المصحح یکون نافیاً للاحتمال الأخیر الذی اختاره فی الجواهر، و للاحتمال الأول المنسوب الی ظاهر المشهور، و لا ینفی الاحتمالین الآخرین.

و أما مصحح محمد بن قیس

: فلا یظهر منه انه وارد فی وطء الشبهة، بل أخذ مالک السریة للولد من أحکام الزنا، لا من أحکام الشبهة. و أما موثق زرارة

: فمقتضی ما فیه من استحقاق المهر أنه وارد فی الشبهة.

و مقتضی الجمود علی مورد السؤال الاجتزاء فی الشبهة بمطلق الخبر و لو مع التردد فی حجیته. لکن المنصرف الی الذهن من قوله: «فاعتدت ..»

أن الاعتداد کان مبنیا علی اعتقاد الحجیة غفلة أو اعتقاد صدق المخبر.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۷ من أبواب حد الزنا حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۱

و لا بین کونه فی حال النوم، أو الیقظة. و لا بین کون الزانی بالغاً، أو غیر بالغ و کذا المزنی بها. بل لو أدخلت الامرأة ذکر الرضیع فی فرجها نشر الحرمة، علی إشکال (۱). بل لو زنا بالمیتة فکذلک علی إشکال أیضا (۲). و أشکل من

و لو سلم إطلاقه فهو مقید بمصحح الکناسی المتقدم

بناء علی ظهوره فی ثبوت الحد مع التردد، و تکون نتیجة الجمع بینهما اعتبار عدم التردد فی الحجیة فی ثبوت الشبهة و إن کان الواطئ مقصراً. فیتم ما ذکره فی المسالک و غیرها. و من ذلک یتضح وجه بقیة النصوص التی ذکرها فی الجواهر التی ادعی فیها إطلاقها من حیث وجود الحجة الشرعیة و عدمها، و التردد فی الحجیة و عدمه، فإن إطلاقها لو سلم یکون مقتضی الجمع بینها و بین مصحح الکناسی اعتبار عدم التردد فی الحجیة.

و المتحصل مما ذکرنا أمران: الأول: أن المائز بین وطء الشبهة و بین الزنا ما ذکر فی المسالک من أن الأول الوطء غیر المستحق مع البناء فیه علی الاستحقاق و لو کان جاهلًا مقصراً، و الثانی ما عداه. و الثانی:

أن اللازم ترتیب أحکام الزنا علی الزنا بالمعنی المذکور. إلا إذا کان دلیل الحکم لا عموم فیه، فیقتصر فیه علی القدر المتیقن.

(۱) ینشأ من أن تعریفهم للزنا بأنه «إیلاج الإنسان ذکره ..»

ظاهر فی عدم صدق الزنا إذا کان الإیلاج من طرف المرأة. لکن الظاهر أن القصور فی التعریف. و إلا فلا ریب فی أنه من الزنا، کما اعترف بذلک کله فی الجواهر فی کتاب الحدود. و یحتمل أن یکون الاشکال من جهة کون الزانی الرضیع. و هو أیضا کما تری، لما عرفت فی صدر المسألة.

(۲) ینشأ من ظهور الزنا فی الإنسان الحی، فلا یشمل المیت.

و استعمال الزنا فی المیت مجاز، کاستعماله فی غیر الإنسان.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۲

ذلک لو أدخلت ذکر المیت المتصل (۱). و أما لو أدخلت الذکر المقطوع فالظاهر عدم النشر (۲).

[(مسألة ۳۴): إذا کان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعیاً ثمَّ رجع الزوج فی أثناء العدة]

(مسألة ۳۴): إذا کان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعیاً ثمَّ رجع الزوج فی أثناء العدة لم یعد سابقاً حتی ینشر الحرمة، لأن الرجوع اعادة الزوجیة الأولی (۳). و أما إذا نکحها بعد الخروج عن العدة، أو طلقت بائناً فنکحها بعقد جدید، ففی صحة النکاح و عدمها وجهان. من أن الزنا حین وقوعه لم یؤثر فی الحرمة لکونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أیضا. و من أنه سابق بالنسبة الی هذا العقد الجدید. و الأحوط النشر (۴).

[(مسألة ۳۵): إذا زوجه رجل امرأة فضولًا فزنی بأمها أو بنتها]

(مسألة ۳۵): إذا زوجه رجل امرأة فضولیا فزنی بأمها أو بنتها ثمَّ أجاز العقـد فان قلنا بالکشف الحقیقی، کان الزنا لاحقاً (۵). و إن قلنا بالکشف الحکمی أو النقل کان سابقاً (۶)

---

(۱) لأن الإشکال یکون من الوجهین السابقین معاً، لکن عرفت أن الاشکال الأول ضعیف، و الثانی قوی.

(۲) ینبغی أن یکون من الواضحات. و کذا لو أدخل صاحب الذکر المقطوع ذکره فی فرج امرأة لا یکون زانیاً.

(۳) کما تقدمت الإشارة الی ذلک فی المسألة السادسة و العشرین.

(۴) بل هو الأقوی. کما یقتضیه إطلاق الأدلة. کما عرفت فی المسألة الواحدة و العشرین من الفصل السابق.

(۵) لتحقق الزوجیة علی هذا القول قبل الزنا.

(۶) تقدم الکلام فیه فی نظیر المقام. و تقدم أنه بناء علی الکشف

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۳

[(مسألة ۳۶): إذا کان للأب مملوکة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت علی ابنه]

(مسألة ۳۶): إذا کان للأب مملوکة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت علی ابنه (۱). و کذا العکس علی الأقوی فیهما. بخلاف ما إذا کان النظر أو اللمس بغیر شـهوة کما إذا کان للاختبار أو للطبابـة أو کان اتفاقیاً، بل و إن أوجب شـهوة أیضا (۲). نعم لو لمسها لإثارة الشهوة- کما إذا مس فرجها أو ثدیها أو ضمها لتحریک الشهوة- فالظاهر النشر (۳)

[(مسألة ۳۷): لا تحرم أم المملوکة الملموسة و المنظورة علی اللامس و الناظر علی الأقوی]

(مسألة ۳۷): لا تحرم أم المملوکة الملموسة و المنظورة علی اللامس و الناظر علی الأقوی (۴)، و إن کان الأحوط

الانقلابی أیضاً یکون الزنا لاحقاً.

(۱) تقدم الکلام فی ذلک فی المسألة الثانیة من هذا الفصل.

(۲) کما استظهر فی الجواهر. لکنه خلاف النصوص کما تقدم.

(۳) کما لم یستبعده فی الجواهر، لإطلاق النصوص.

(۴) کما فی القواعد، بل هو ظاهر المشـهور، حیث اقتصروا علی تحریم الأمة المنظورة و الملموسة علی أب الناظر و ابنه، و لم یتعرضوا لتحریم أمها و بنتها علیه. بل فی الشـرائع: «و من نشـر به الحرمة قصـر التحریم علی أب اللامس و الناظر و ابنه خاصة، دون أم المنظورة أو الملموسة و بنتیهما».

نعم عن أبی علی و الشـیخ: القول بتحریمهمـا علی النـاظر. و لم یسـتبعده فی الجواهر. و عن الشـیخ: دعوی الإجمـاع علیه. و هو ممنوع کما فی کشف اللثام. و قد استدل بالاحـتیاط، و لکنه غیر واجب فی مقابل عمومات التحلیل.

و بالأخبار

فعن النبی (ص): «لا ینظر اللّه تعالی الی رجل نظر الی فرج امرأة و ابنتها» «۱»

، و

عنه (ص): «من کشف قناع امرأة حرمت

(۱) سنن البیهقی الجزء: ۷ صفحة: ۱۷۰ و قریب منه فی کنز العمال الجزء: ۸ حدیث: ۵۰۱۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۴

الاجتناب. کما أن الأحوط اجتناب الربیبة الملموسة أو المنظورة أمها، و إن کان الأقوى عدمه (۱). بل قد یقال: إن اللمس

علیه أمها و بنتها» «۱»

، و

صحیح محمد بن مسلم: «سئل أحدهما (ع) عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها و إلى بعض جسدها، أ یتزوج ابنتها؟

قال: لا، إذا رأى منها ما یحرم على غیره فلیس له أن یتزوج ابنتها» «۲».

و فی کشف اللثام: «و نحوه أخبار أخر». و کأنه أراد بها

خبر أبی الربیع قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن رجل تزوج امرأة فمکث أیاماً معها لا یستطیعها، غیر أنه قد رأى منها ما یحرم على غیره، ثمَّ یطلقها، أ یصلح له أن یتزوج ابنتها؟ قال: أ یصلح له و قد رأى من أمها ما رأى» «۳»

و نحوه موثق محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع)

«۴». لکن النبویین عامیان ضعیفان، و الأول قد أنکره المحدثون منهم، کما قیل. و مورده النظر الى موضع خاص. و لا مجال للأخذ بإطلاقهما. و صحیح ابن مسلم

و ما بعده واردة فی الزوجة. فلا مجال للاستدلال بها على حکم الأمة.

(۱) بل هو ظاهر الأصحاب، حیث اشترطوا فی تحریم الربیبة الدخول بأمها. کما یقتضیه ظاهر الکتاب المجید، لقوله تعالى (فَإِنْ لَمْ تَکُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ) «۵»، و

لصحیح العیص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل باشر امرأته و قبل غیر أنه لم یفض إلیها، ثمَّ تزوج ابنتها. قال (ع) إن لم یکن أفضى إلى الأم

---

(۱) لم نعثر علیه فی مظانه من کنز العمال و سنن البیهقی.

(۲) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ملحق حدیث: ۲.

(۵) النساء: ۲۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۵

و النظر یقومان مقام الوطء فی کل مورد یکون الوطء ناشراً للحرمة (۱)، فتحرم الأجنبیة الملموسة أو المنظورة شبهة أو

فلا بأس، و إن کان أفضى فلا یتزوج ابنتها» «۱».

نعم یعارض ذلک صحیح محمد بن مسلم

و موثقه

و خبر أبی الربیع

المتقدمة. لکن الأخیرین غیر ظاهرین فی الحرمة. و الأول یمکن حمله على الکراهة. لکن فی الجواهر قوى التحریم. و ناقش فی

صحيح العيص

بأن الموجود فى النسخة الصحيحة

«باشر امرأة»

بدل:

«باشر امرأته»

فيكون محمولًا على الأجنبية، فيبقى صحيح محمد بن مسلم

المعتضد بغيره من النصوص سالماً عن المعارض.

و فيه: أن ظاهر الكتاب انحصار سبب التحريم بالدخول، فلو كان المس سبباً للتحريم لكان الدخول لغواً، لتقدم المس عليه دائماً. و كذلك النظر فإنه متقدم على الدخول غالباً إلا فى الظلام و الأعمى و نحوهما. فالبناء على محرمية النظر و اللمس موجب لإلغاء سببية الدخول. فيكون الصحيح معارضاً للكتاب، فلا مجال للعمل به. مع أن البناء على إطلاقه غير ممكن. و تقييده بما يكون عن شهوة، ليس بأولى من حمله على الكراهة. و لو سلم التساوى فالمرجع الكتاب و النصوص المتفقة على انحصار سببية التحريم بالدخول لا غير.

هذا مضافاً الى إعراض الأصحاب عن الصحيح المذكور، و عدم تعرضهم لمضمونه، فضلا عن الاعتماد عليه. و لأجل ذلك يظهر ضعف ما ذكره فى الجواهر من كون النظر و اللمس يقومان مقام الدخول المتمم لسبب المصاهرة، و هو الملك و العقد. فكما تحرم أم المملوكة و بنتها بنظر المالك إليها و لمسه. كذلك تحرم أم المعقود عليها و بنتها بنظر العاقد إليها و لمسه فقد عرفت الاشكال عليه فى المسألتين معاً. فلاحظ.

(۱) قال فى المسالك: «اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة

---

(۱) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۳.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۳۶

حراماً على الأب و الابن، و تحرم أمها و بنتها حرة كانت أو أمة. و هو و إن كان أحوط، إلا أن الأقوى خلافه (۱).

و على ما ذكر فتنحصر الحرمة فى مملوكة كل من الأب و الابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة (۲).

[(مسألة ۳۸): فى إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه و الكفين إذا كان بشهوة نظر]

(مسألة ۳۸): فى إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه و الكفين إذا كان بشهوة نظر. و الأقوى العدم (۳)، و إن كان هو الأحوط.

المصاهرة فى أن النظر إلى الأجنبية و اللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم و إن علت، و البنت و إن نزلت أم لا؟ هكذا نقله فخر الدين فى شرحه. و لم نقف على القائل بالتحريم .. الى أن قال: و هو قول ضعيف جداً، لا دليل عليه» و ما ذكره قوى جداً. لاختصاص نصوص المحرمية بما إذا وقعا على الوجه الحلال بالأمة، كما عرفت، أو مع التعميم للزوجة، كما سبق من الجواهر. فلا مجال للتعدى عن ذلك الى وقوعهما على الوجه الحرام فى الأمة- كما لو نظر إليها المالك و هى مزوجة- فضلا عن الأجنبية.

(۱) عملًا بأصالة الحل، التى لم يثبت ما يستوجب الخروج عنها.

(۲) على الوجه المحلل، كما أشرنا الى ذلك، و قواه فى الجواهر، لاختصاص النصوص به، فلو نظر إليها المالك كذلك و هى مزوجة، أو قبل أن يتملكها ثمَّ تملكها لم تحرم على أبيه، و لا على ابنه.

(۳) کما مال إلیه فی الجواهر، لما سبق فی صدر الفصل من اختصاص النصوص بالنظر و اللمس المستتبعین لکشف أو تجرید أو نحوهما مما اشتملت علیه النصوص، فلا تشمل مثل ذلک. و حینئذ یتعین الرجوع الی أصالة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۷

[(مسألة ۳۹): لا یجوز الجمع بین الأختین فی النکاح]

(مسألة ۳۹): لا یجوز الجمع بین الأختین فی النکاح (۱) دواماً أو متعة (۲)، سواء کانتا نسبیتین أو رضاعیتین (۳).

الحل. نعم تقدم فی الروایات محرمیة التقبیل بشهوة. و لا یبعد التعدی إلی غیره من اللمس المتعلق بالوجه، مثل وضع خده علی خدها، و قرصها و نحوهما. فاستثناء الوجه و الکفین ینبغی أن یکون مختصاً بالنظر. فتأمل.

(۱) إجماعاً. بل بإجماع علماء الإسلام کافة. و یشهد له صریح قوله تعالی (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأُخْتَیْنِ) «۱»، و النصوص المستفیضة بل المتواترة معنی،

ففی صحیح محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع): «قال: قضی أمیر المؤمنین (ع) فی أختین نکح أحدهما رجل، ثمَّ طلقها و هی حبلی، ثمَّ خطب أختها، فجمعهما قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها. فأمره أن یفارق الأخیرة حتی تضع أختها المطلقة ولدها ثمَّ یخطبها، و یصدقها صداقاً مرتین» «۲».

و نحوه غیره مما تأتی الإشارة إلی بعضه.

(۲) بلا إشکال، لإطلاق الأدلة. و

فی صحیح البزنطی المروی فی قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن رجل تکون عنده امرأة، یحل له أن یتزوج أختها متعة؟ قال (ع):» «۳»

، و اما ما

فی خبر منصور الصیقل عن ابی عبد اللّه (ع) «لا بأس بالرجل ان یتمتع أختین» «۴»

فلا بد ان یحمل علی صورة التفریق، و إلا فهو مطروح، لمخالفته الأصحاب.

(۳) بلا إشکال، و لا خلاف. و یقتضیه عموم:

«یحرم من الرضاع

---

(۱) النساء: ۲۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۲۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۳۸

و کذا لا یجوز الجمع بینهما فی الملک مع وطئهما (۱). و أما الجمع

ما یحرم من النسب» «۱».

و

فی صحیح أبی عبیدة قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: لا تنکح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على أختها من الرضاعة» «۲».

هذا و فی بعض النسخ زیادة: (أو مختلفتین). و الظاهر انها غلط. و حمله على بعض المحامل البعیدة لا یظن من المصنف وقوعه، مع عدم تعرضه لشرح ذلک.

(۱) فاذا جمع بینهما فی الملک فوطئ إحداهما حرم علیه وطء الأخرى.

بلا خلاف، کما فی المسالک. و اتفاقاً، کما فی کشف اللثام. و فی الجواهر:

الإجماع بقسمیه علیه. و یقتضیه قوله تعالى (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأُخْتَیْنِ) بناء على إرادة الوطء. و النصوص،

کموثق الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «قلت له: الرجل یشتری الأختین فیطأ إحداهما، ثمَّ یطأ الأخرى بجهالة.

قال (ع): إذا وطئ الأخرى بجهالة لم تحرم علیه الأولى. و إن وطئ الأخیرة و هو یعلم انها علیه حرام حرمتا علیه جمیعاً» «۳».

و

خبر عبد الغفار الطائی عن ابی عبد اللّه (ع): «فی رجل کانت عنده اختان فوطئ إحداهما، ثمَّ أراد ان یطأ الأخرى. قال (ع): یخرجها عن ملکه.

قلت: الى من؟ قال (ع): الى بعض اهله. قلت: فان جهل ذلک حتى وطئها. قال (ع): حرمتا علیه کلتاهما» «۴».

و نحوهما غیرهما.

و قد یظهر من صحیح علی بن یقطین خلاف ذلک،

قال: «سألت أبا إبراهیم (ع) عن أختین مملوکتین و جمعهما. قال: تستقیم، و لا

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱ من أبواب ما یحرم من الرضاع.

(۲) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

(۴) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۳۹

بینهما فی مجرد الملک من غیر وطء فلا مانع منه (۱). و هل یجوز الجمع بینهما فی الملک مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم یطأهما أو وطئ إحداهما و استمتع بالأخرى بما دون الوطء؟ فیه نظر. مقتضى بعض النصوص (۲): الجواز و هو الأقوى. لکن الأحوط العدم.

أحبه لک» «۱».

و قریب منه غیره. لکن لا مجال للعمل به بعد الإجماع على خلافه.

(۱) بلا إشکال نصاً و فتوى. و فی التذکرة و المسالک: الإجماع علیه.

و النصوص الماضیة و الآتیة دالة علیه.

(۲) هو

خبر عیسى بن عبد اللّه المروی عن تفسیر العیاشی قال: «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن أختین مملوکتین ینکح إحداهما، أ تحل له الأخرى؟ فقال (ع): لیس ینکح الأخرى إلا فیما دون الفرج، و إن لم یفعل فهو خیر له. نظیر تلک المرأة تحیض فتحرم على زوجها ان یأتیها فی

فرجها، لقول اللّه عز و جل (وَ لٰا تَقْرَبُوهُنَّ حَتّٰی یَطْهُرْنَ) «۲»، و قال (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأُخْتَیْنِ إِلّٰا مٰا قَدْ سَلَفَ) «۳» یعنی: فی النکاح فیستقیم للرجل أن یأتی امرأته و هی حائض فیما دون الفرج» «۴».

لکن الخبر ضعیف، و لا یصلح للخروج به عن ظاهر بعض النصوص و الفتاوی من ان الأخت تکون حراماً بوطء أختها. فلاحظ موثق الحلبی المتقدم

. و فی جامع المقاصد: «و إنما یحرم الجمع بینهما (یعنی: بین

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۲) البقرة: ۲۲۲.

(۳) النساء: ۲۳.

(۴) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۴۰

[(مسألة ۴۰): لو تزوج بإحدی الأختین و تملک الأخری]

(مسألة ۴۰): لو تزوج بإحدی الأختین و تملک الأخری، لا یجوز له وطء المملوکة (۱) إلا بعد طلاق المزوجة

الأختین) فی النکاح، لعموم قوله تعالی (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأُخْتَیْنِ)، و المراد فی النکاح، کما یقتضیه سیاق الآیة، فیتناول العقد و الوطء، و کذا توابع الوطء من الاستمتاعات، فمتی وطئ أمته المملوکة حرمت علیه أختها بالملک، فلو کانت الأخت مملوکة له حرم علیه الاستمتاع بها ما دامت الأولی فی ملکه. و لا خلاف فی ذلک». و فی المسالک فی الاستدلال علی تحریم الثانیة قال: «و لأن الجمع الحقیقی یمکن بالاستمتاع بما دون الوطء، و إذا حرم ذلک حرم الوطء، لعدم القائل بالفصل».

و نحوه فی کشف اللثام. و لأجل ذلک یتعین ان یکون الأقوی تحریم سائر الاستمتاعات.

(۱) کما نص علیه جماعة، منهم فی المسالک، و کشف اللثام، و الجواهر.

و یظهر منهم المفروغیة منه. و کأنه بناء منهم علی ان الجمع المحرم بین الأختین ما هو أعم من الجمع بالعقد و الوطء، فاذا ثبت أحدهما امتنع الآخر. و مقتضی الجمود علی الأدلة اللفظیة من الآیة و الروایة و إن کان الاقتصار علی تحریم الجمع بین الأختین بالعقد، و بین المملوکتین بالوطء.

و أما الجمع بینهما بالعقد علی إحداهما و الوطء للأخری فخارج عن مدلولهما.

و مقتضی عموم الحل الجواز. إلا ان بناء الأصحاب علی تحریم الجمع بالنحو المذکور. و کأنهم فهموا من التحریم فی قوله تعالی (حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهٰاتُکُمْ.) «۱» تحریم مطلق الاستمتاع بها علی النحو الخاص الذی یکون للرجال مع النساء، لا تحریم العقد. نعم تحریم الاستمتاع المذکور یستوجب بطلان عقد الزوجیة، لأن قوامها ذلک النحو من الاستمتاع،

---

(۱) النساء: ۲۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۴۱

و خروجها عن العدة إن کانت رجعیة. فلو وطئها قبل ذلک

فاذا حرم امتنعت الزوجیة، و هی بخلاف الملکیة، فإنها لیست متقومة باستمتاع المالک، فلا مانع من اعتبارها و إن حرم الاستمتاع، و لذلک جاز ملک الأختین، و لم یجز تزویج الأختین. و أما تحریم العقد تکلیفاً فغیر مستفاد من الآیة، بل إن ثبت فلا بد أن یکون لدلیل آخر. و علیه فتحریم الجمع بین الأختین یستوجب تحریم الاستمتاع بهما سواء کان المحلل هو العقد، أم الملک. فاذا عقد علی إحداهما حل الاستمتاع بها، فاذا ملک الأخری حرم الاستمتاع بها، لحرمة الجمع بین الأختین للاستمتاع.

نعم یبقی الإشکال فی تعیین الثانیة للتحریم، دون الأولی، مع أن الجمع إنما یکون بهما معا، و نسبته إلیهما علی نحو واحد، فلم لا تحرم الأولی و تحل الثانیة؟! و التقدم الزمانی لا أثر له فی الترجیح.

فان قلت: التقدم الزمانی إنما لا یکون له أثر فی الترجیح عند تزاحم المقتضیات- مثل تزاحم الواجبین کصلاتین، و صومین، و صلاة و صوم، و نحو ذلک- لا فیما نحن فیه، إذ الحرام إنما هو الجمع بین الأختین، و الجمع إنما یکون بضم الثانیة إلی الأولی، فإذا حرم الجمع بین الأختین فقد حرم ضم الثانیة إلی الأولی فی الاستمتاع. و لیس معنی ذلک إلا تحریم الثانیة بعینها، لأن الجمع إنما یکون بها، لا بالأولی.

قلت: لیس معنی تحریم الجمع بین الأختین إلا تحریم الاستمتاع بهما معا، و کما أن تحریم الثانیة بعینها یتحقق به تحریم الجمع بینهما، کذلک تحریم الأولی بعینها أیضاً یتحقق به تحریم الجمع بینهما، فلا میز بینهما فی ذلک، و لا مرجح لإحداهما علی الأخری. فإذاً العمدة فی تعین الثانیة للتحریم هو الاستصحاب، لان تحریم الاولی بعد تملک الثانیة رفع للحل السابق، و تحریم الثانیة إبقاء للتحریم. و مقتضی الاستصحاب عند الشک

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۴۲

فعل حراما. لکن لا تحرم علیه الزوجة بذلک (۱). و لا یحد حد الزنا بوطء المملوکة (۲)، بل یعزر، فیکون حرمة وطئها کحرمة وطء الحائض.

[(مسألة ۴۱): لو وطئ إحدی الأختین بالملک ثمَّ تزوج الأخری]

(مسألة ۴۱): لو وطئ إحدی الأختین بالملک ثمَّ تزوج الأخری فالأظهر بطلان التزویج (۳) و قد یقال بصحته و حرمة وطء الأولی إلا بعد طلاق الثانیة (۴).

فی الترجیح شرعاً هو البناء علی بقاء ما کان من تحلیل الأولی، و تحریم الثانیة. فلا حظ.

(۱) کما نص علیه فی کشف اللثام، و غیره. و فی الجواهر: «لم تحرم المنکوحة قطعاً». و کأنه لقوله (ص): «الحرام لا یحرم الحلال» «۱»

(۲) لاختصاصه بغیر العقد و الملک و الشبهة. فلا یحد من وطئ زوجته و إن حرم وطؤها کالحائض و الصائمة، و لا من وطئ أمته و إن حرم وطؤها لحیض أو غیره. و منه المقام. و لزوم الحد فی وطء الأمة المزوجة للإجماع و النص. و یشیر الی نفی الحد فی المقام النصوص الآتیة فی المسألة الخامسة و الأربعین.

(۳) لما عرفت فی المسألة السابقة.

(۴) کما عن المبسوط، و المختلف، و التحریر. و ظاهر المسالک: المیل الیه، لکون التزویج أقوی من ملک الیمین، لکثرة ما یتعلق به من الأحکام التی لا تلحق الملک، کالطلاق، و الظهار، و الإیلاء، و المیراث، و غیرها و هو کما تری، إذ الأحکام المذکورة لا تدل علی الترجیح فیما نحن فیه، و لا علی رفع الید عن الاستصحاب الذی قد عرفته.

---

(۱) كنز العمال الجزء: ۸ حديث: ۴۰۶۴ و الحديث منقول بالمعنى.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۴۳

[(مسألة ۴۲): لو تزوج بإحدى الأختين، ثمَّ تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية]

(مسألة ۴۲): لو تزوج بإحدى الأختين، ثمَّ تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية (۱)، سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله (۲). و لا يحرم بذلک وطء الأولى (۳) و إن كان قد

---

(۱) بلا إشكال، و لا خلاف، كما فى الجواهر. و فى كشف اللثام:

أنه قطعى. و يقتضيه ما عرفت من الاستصحاب. و يشهد له

صحيح زرارة بن أعين قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة فى العراق، ثمَّ خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هى أخت امرأته التى بالعراق. قال (ع): يفرق بينه و بين المرأة التى تزوجها بالشام.

و لا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عدة الشامية. قلت: فان تزوج امرأة، ثمَّ تزوج أمها و هو لا يعلم أنها أمها. قال (ع): قد وضع اللّه تعالى عنه جهالته بذلک. ثمَّ قال: إن علم أنها أمها فلا يقربها و لا يقرب الابنة حتى تنقضى عدة الام منه، فاذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة» «۱».

نعم

فى صحيح ابن مسكان، عن أبى بكر الحضرمى، قال: «قلت لأبى جعفر (ع): رجل نكح امرأة، ثمَّ أتى أرضاً فنكح أختها و لا يعلم. قال (ع) يمسک أيتهما شاء، و يخلى سبيل الأخرى» «۲».

و لكن يتعين طرحه، أو حمله على ما لا ينافى ما سبق، كما عن الشيخ، فحمله على أنه إذا أراد إمساک الأولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، و إن أراد إمساک الثانية فليطلق الأولى، ثمَّ ليمسک الثانية بعقد مستأنف:

(۲) كما نص عليه الجماعة. و يقتضيه إطلاق النص، و الأصل، و الفتوى.

(۳) بلا إشكال. لأن الحرام لا يحرم الحلال.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۴۴

دخل بالثانية. نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى يكره له وطء الأولى قبل خروج الثانية من العدة (۱). بل قيل: يحرم (۲)، للنص الصحيح. و هو الأحوط.

[(مسألة ۴۳): لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق]

(مسألة ۴۳): لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق، فان علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته (۳) دون المجهول. و إن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما (۴). و كذا وطء إحداهما (۵) إلا بعد طلاقهما (۶) أو طلاق الزوجة

---

(۱) كما صرح به جماعة. لأن العدة من علائق الزوجية، كما فى كشف اللثام. و لصحيح زرارة المتقدم بعد حمله على الكراهة، بعد

إعراض المعظم عنه.

(۲) حکی عن ظاهر نهایة الشیخ، و عن ابنی حمزة و البراج، عملًا منهم بظاهر النص.

(۳) لأصالة عدم تزویج الأخری إلی حینه، المتمم لموضوع الصحة، فإن العقد علی الأخت إذا کان قد عقد علی أختها باطل، و إذا لم یعقد علی أختها صحیح، فموضوع الصحة مؤلف من العقد و القید المذکور، فاذا ثبت القید بالأصل ثبتت الصحة، و لا یجری مثل ذلک فی مجهول التاریخ، بناء علی التحقیق، کما ذکر فی مباحث الخلل فی الوضوء من هذا الشرح.

(۴) للعلم الإجمالی.

(۵) لوجوب الموافقة القطعیة، علی ما هو التحقیق.

(۶) یعنی: طلاق کل منهما برجاء انها زوجة، و إلا فالاخری لیست بزوجة کی تحتاج الی طلاق.

الواقعیة منهما ثمَّ تزویج من شاء منهما بعقد جدید بعد خروج الأخری من العدة (۱) إن کان دخل بها أو بهما. و هل یجبر علی هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر علیهما؟ لا یبعد ذلک (۲)،

---

(۱) لاحتمال أنها زوجة، فلا یجوز تزویج أختها إلا بعد خروجها عن العدة إذا کان دخل بها، و کان الطلاق رجعیاً کما سیأتی.

(۲) کما جزم به فی التذکرة. و فی القواعد: أنه أقرب. و تبعه فی کشف اللثام. لکن فی مبحث الولایة فیما إذا عقد الولیان مترتبین و نسی السابق منهما، استشکل فی الإلزام بالطلاق بأن الإجبار یوجب وقوعه عن إکراه، و طلاق المکره باطل. و جعل الأقوی فسخ الحاکم، و أجاب عنه غیر واحد بأن الإکراه إنما یوجب البطلان إذا لم یکن إکراهاً علی واجب، و إلا فهو بمنزلة الاختیار. و وجوب الطلاق لأنه أحد عدلی الواجب التخییری المستفاد وجوبه من قوله تعالی فی سورة البقرة. (الطَّلٰاقُ مَرَّتٰانِ، فَإِمْسٰاکٌ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ)، و قوله تعالی منها (وَ إِذٰا طَلَّقْتُمُ النِّسٰاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِکُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) «۱» و قوله تعالی فی سورة الطلاق (فَإِذٰا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِکُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فٰارِقُوهُنَّ) «۲». لکن الظاهر من الآیتین الأخیرتین أن المراد من التسریح و الفراق ترک الرجوع بها فی العدة حتی تنتهی العدة، لا الطلاق.

و أما الآیة الأولی: فالظاهر منها ذلک أیضا. لکن

فی موثق الحسن بن فضال المروی فی الفقیه عن الرضا (ع)- فی حدیث-: «إن اللّٰه عز و جل أذن فی الطلاق مرتین، فقال (الطَّلٰاقُ مَرَّتٰانِ، فَإِمْسٰاکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ) یعنی: فی التطلیقة الثالثة» «۳».

و

فی روایة العیاشی

---

(۱) الآیة: ۲۲۹، ۲۳۱.

(۲) الآیة: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۴ من أبواب أقسام الطلاق حدیث: ۷.

.....

عن أبی عبد اللّٰه: «إن اللّٰه تعالی یقول (الطَّلٰاقُ مَرَّتٰانِ، فَإِمْسٰاکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ)، و التسریح هو التطلیقة الثالثة» «۱».

و نحوها ما رواه العياشي عن أبي بصير «۲»، و سماعة بن مهران عن أبي عبد اللّه (ع) «۳». إلا أن ذلك خلاف ظاهر الآية المذكورة إلى تمامها و ما بعدها، و هو قوله تعالى (وَ لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلّا أَنْ يَخافا أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلا تَعْتَدُوها وَ مَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُولئِكَ هُمُ الظّالِمُونَ. فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَها فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يَتَراجَعا إِنْ ظَنّا أَنْ يُقِيما حُدُودَ اللّهِ. وَ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُها لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ. وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ لا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا ..) «۴» فان الظاهر- بعد ملاحظة ما ذكر بتمامه- أن المراد من التسريح ترك الرجوع بها كما هو الظاهر من الآيتين الأخيرتين و الطلاق الثالث يشار اليه بقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّى تَنْكِحَ ..).

و قد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفي الحرج [۱] و الضرر «۵»

---

[۱] مثل قوله تعالى «يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» البقرة: ۱۸۵، و قوله تعالى (ما يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) المائدة: ۶، و قوله تعالى (ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) الحج: ۷۸. و قد يدل عليه خبر عبد الأعلى مولى آل سام راجع الوسائل باب: ۳۹ من أبواب الوضوء حديث: ۵.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقى؛ ج‌۱۴، ص: ۲۴۶

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ۱۰.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ۱۲.

(۳) الوسائل باب: ۴ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ۱۳.

(۴) البقرة: ۲۲۹ إلى ۲۳۱.

(۵) راجع الوسائل باب: ۱۷ من أبواب الخيار من كتاب البيع، و باب: ۵ من كتاب الشفعة، و باب ۷، ۱۲ من كتاب إحياء الموات.

مستمسک العروة الوثقى، ج‌۱۴، ص: ۲۴۷

لقوله تعالى (فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ).

و ربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه، و عدم إجباره، و أنه يعين بالقرعة (۱).

كما في كشف اللثام و غيره، فان بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها و حرج، و فيه: أن الضرر أو الحرج ليس من الزوجية، بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه، فدليل نفيهما يقتضي نفي تلك الاحكام. لكن ليس بناء الفقهاء عليه، فلا يجوز الزنا للحرج، و لا يجوز أكل مال الغير للحرج، و لا يجوز شرب الخمر للحرج، فلا يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم، و إن كان مجوزاً لترك الواجبات، و إن كان الفرق بين الواجبات و المحرمات في ذلك غير ظاهر، و مقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفي الوجوب. و مقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعاً للحرج، لا وجوب الطلاق على الزوج. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام، و بين الضرر في المعاملة المشتملة على الغبن. فان الضرر هناك من نفس المعاملة، و مبادلة القليل بالكثير

بخلاف المقام، فان الضرر هنا یلزم من ثبوت أحکام الزوجیة، لا من نفس الزوجیة. و لو سلم فمقتضی ذلک أن یکون للزوجة الخیار فی الفسخ، لا وجوب الطلاق علی الزوج، کما هو المدعی، و لا سیما بملاحظة أن الطلاق یوجب الضرر علی الزوج بنصف المسمی.
(۱) هذا القول لم أقف علی قائله. نعم فی القواعد، فیما لو زوجها الولیان من اثنین و اشتبه السابق و اللاحق، احتمل القرعة. لکن قال: «و یؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق و یجدد من وقعت له النکاح».

و استدل له فی جامع المقاصد و غیره بما

قالوه (ع): «کل أمر مشکل فیه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۴۸

و قد یقال: إن الحاکم یفسخ نکاحهما (۱). ثمَّ مقتضی العلم الإجمالی بکون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق علیهما (۲) ما لم یطلق، و مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لکل منهما،

القرعة» «۱».

و أشکل علیه فی جامع المقاصد: بأن القرعة لا ـ مجال لها فی الأمور التی هی مناط الاحتیاط التام، و هی الأنکحة التی تتعلق بها الأنساب، و الإرث، و التحریم، و المحرمیة. و فیه: أن ذلک خلاف إطلاق دلیل القرعة. نعم لیس بناء الأصحاب علی العمل به فی موارد الاحتیاط کالشبهة المحصورة. لکن ذلک إذا لم یلزم منه محذور، و المفروض لزومه.

و قد ورد فی نصوص القرعة ما تضمن مشروعیتها فیمن نزا علی شاة فی قطیع غنم و قد اشتبهت بغیرها. و المقام نظیره فی لزوم الضرر من الاحتیاط.

و من ذلک یظهر توجه الاشکال علی ما فی القواعد: بأنه إذا عمل بالقرعة لم یکن وجه لأمر من وقعت له بالنکاح، و أمر من لم تقع له بالطلاق.

فان ذلک خلاف مقتضی القرعة. اللهم إلا أن تکون القرعة لتعیین من یؤمر بالطلاق أو النکاح، لا لتعیین الزوجة. و هو کما تری، إذ لا دلیل علی هذا الأمر، لیستخرج مورده بالقرعة، بل أمر کل منهما بالطلاق أولی من أمر أحدهما به، و أمر الآخر بالنکاح.

(۱) هذا اختاره فی القواعد فی تزویج ولیی المرأة من رجلین مع اشتباه السابق. و تبعه فی جامع المقاصد. لان فیه دفع الضرر مع السلامة من ارتکاب الإجبار فی الطلاق. و فیه: أن هذا المقدار لا یقتضی ولایة الحاکم علی ذلک، بل الاولی من ذلک ولایتها علی الفسخ، نظیر المعاملة الغبنیة.

(۲) لکن لزوم الضرر المالی من الاحتیاط یوجب ارتفاعه، و حینئذ یتعین الرجوع الی القرعة فی تعیین المستحق للنفقة.

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۴۹

و إن کان بعد الدخول فتمامه (۱). لکن ذکر بعضهم أنه لا یجب علیه إلا نصف المهر لهما، فلکل منهما الربع فی صورة عدم الدخول (۲)،

---

(۱) عملا بالعلم الإجمالی. لکن عرفت إشکاله.

(۲) قال فی القواعد: «فان اشتبه السابق منع منهما. و الأقرب إلزامه بطلاقهما، فیثبت لهما ربع المهرین، مع اتفاقهما و اختلافهما علی إشکال».

و يحتمل أن قوله: «على إشكال ..» راجع الى أصل الحكم بقرينة قوله- بعد ذلك-: «و يحتمل القرعة في مستحق المهر». و يحتمل أن يكون راجعاً إلى صورة اختلاف المهرين. لأنه مع اتفاق المهرين جنساً و قدراً و وصفاً يكون ربع مجموع المهرين عين نصف أحدهما، فيكون تقسيمه على الأختين عملا بقاعدة العدل و الانصاف. أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما، و هو مخالف لربع مجموعهما، فإيجاب الربع عليه يوجب إسقاط الواجب و إيجاب غيره. اللهم إلا أن تكون قاعدة العدل و الانصاف مبنية على ذلك، فكما أنه مع الاتفاق يلزم حرمان المستحق، لعدم المرجح مع التردد، فكذلك في صورة الاختلاف يلزم مع ذلك إعطاء غير الواجب. لعدم المرجح.

فعدم المرجح الموجب للحرمان مع الاتفاق هو الموجب لإعطاء غير الواجب أيضا.

هذا و لأجل أن قاعدة العدل و الانصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يتراءى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك، لعدم المرجح، و قد يشير اليه التعبير عنها بقاعدة العدل و الانصاف. أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة، المتضمنة للتنصيف.

و الأول غير ظاهر، فان عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف، يقتضي التخيير، نظير ما ذكروه في مسألة الدوران بين الوجوب و الحرمة، من أن التخيير استمراري، و أن حكم العقل بالتخيير ابتداء بعينه يقتضي

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۵۰

.....

التخيير ثانياً، و أنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة، و بين القطع بالمخالفة المقرون بالقطع بالموافقة. ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية، و التوزيع يوجب الموافقة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية. و لا فرق بينهما في نظر العقل.

و الثاني أيضا: غير ظاهر، لأن ما ورد [۱] في الموارد الخاصة المذكورة

---

[۱] مثل رواية عبد اللّه بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد اللّه (ع):

«في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، و قال الآخر: هما بيني و بينك. فقال:

أما الذي قال: هما بيني و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له، و أنه لصاحبه، و يقسم الآخر بينهما»

«۱»، و رواية السكوني عن الصادق (ع) عن أبيه:

«في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينار. فضاع دينار منهما. فقال (ع): يعطى صاحب الدينارين دينارا، و يقسم الآخر بينهما نصفين»

«۲». و رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد اللّه (ع):

«في رجلين اختصما في دابة في أيديهما

.. الى أن قال:

فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما، و أقاما البينة.

فقال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف. فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين»

«۳»، و رواية غياث بن إبراهيم:

«لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»

«۴» و نحوهما رواية تميم بن طرفة «۵». و رواية يونس بن يعقوب عن ابى عبد اللّه (ع):

«فی امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة. قال: ما کان من متاع النساء فهو المرأة، و ما کان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما» «۶»

، و روایة رفاعة:

«و ما یکون الرجال و النساء قسم

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب الصلح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب الصلح حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۴.

(۶) الوسائل باب: ۸ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۱

و تمام أحد المهرین لهما فی صورة الدخول. و المسألة محل إشکال کنظائرها من العلم الإجمالی فی المالیات.

[(مسألة ۴۴): لو اقترن عقد الأختین بأن تزوجهما بصیغة واحدة]

(مسألة ۴۴): لو اقترن عقد الأختین بأن تزوجهما بصیغة واحدة، أو عقد علی إحداهما و وکیله علی الأخری فی زمان واحد- بطلا معاً (۱). و ربما یقال: بکونه مخیراً فی

فی کتاب الصلح

، و فی کتاب القضاء

، و غیرهما

، لا یمکن التعدی من مورده الی غیره. و لیس فیه إشارة إلی قاعدة کلیة. مع ثبوت خلافها فی بعض مواردها، و فی موارد أخری، کما یظهر ذلک من ملاحظة مواردها و باب إرث الغرقی و المهدوم علیهم. فالبناء علیها غیر ظاهر. و لأجل ذلک یتعین الرجوع الی القرعة- کما احتمله فی القواعد، و جعله فی جامع المقاصد و کشف اللثام: أقوی. و فی الجواهر: لعله الأقوی- عملا بعموم أدلتها.

ثمَّ إنه لو بنی علی التوزیع فلا بد من ملاحظة النسبة بین المهرین فاذا کان مهر إحداهما عشرة، و مهر الثانیة ثلاثین، و بنی علی توزیع ربع المهرین کان اللازم إعطاء الأولی اثنین و نصفا و إعطاء الثانیة سبعة و نصفا، لا توزیع ربع الأربعین بینهما بالسویة. یظهر ذلک بالتأمل.

(۱) کما نسب الی المبسوط، و ابنی حمزة و إدریس، بل الی أکثر المتأخرین أیضا. و اختاره فی الشرائع، لبطلان العقد بالنسبة إلیهما معا اتفاقاً، فصحته بالنسبة إلی إحداهما بعینها ترجیح بغیر مرجح.

بینهما» «۱»

، و روایة السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی (ع):

«فی رجل أقر عند موته لفلان و فلان، لأحدهما عندی ألف درهم، ثمَّ مات علی تلک الحال. فقال علی (ع): أیهما أقام البینة فله

المال، و إن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» «۲».

منه قدس سره.

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب أحكام الوصايا حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۲

اختيار أيهما شاء (۱)، لرواية (۲) محمولة على التخيير بعقد جديد (۳) و لو تزوجهما و شک فی السبق و الاقتران حکم ببطلانهما أيضا (۴).

---

(۱) نسب فی الجواهر ذلک الی الشيخ و اتباعه. و فی کشف اللثام إلى النهاية و المهذب و الجامع و المختلف.

(۲) يريد بها

صحيحة جميل، المروية فی الفقيه عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل تزوج أختين فی عقدة واحدة. قال (ع): يمسک أيتهما شاء، و يخلی سبيل الأخرى. و قال! فی رجل تزوج خمساً فی عقدة واحدة، قال (ع): يخلی سبيل أيتهن شاء» «۱».

و فی الشرائع رمی الرواية بالضعف. و هو کما ذکر على رواية الکافی

«۲»، للإرسال، لأنها رواها عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع). و على رواية التهذيب

«۳»، لذلک أيضا، و لأن فی طريقه الی جميل على بن السندی و هو مجهول. لکن عرفت رواية الفقيه لها بطريق صحيح. و مقتضى القاعدة الأخذ و تخصيص القاعدة بها.

(۳) هذا الحمل لا دليل عليه، و لا داعی إليه، إذ لا مانع من تخصيص القواعد العامة، بل قد اشتهر ذلک حتى قيل: ما من عام إلا و قد خص. و فی کشف اللثام: «ان الخبر و إن کان صحيحاً، لکنه ليس نصاً فی المدعى. لاحتمال أن يراد يمسک أيتهما شاء بتجديد العقد، فحينئذ لا يکون الخيار معيناً» و هو کما ترى، إذ لا يعتبر فی المخصص أن يکون نصاً بل يکفی فی تخصيصه للقواعد أن يکون ظاهراً، فان الظاهر حجة کالنص.

(۴) لعدم إمکان إحراز السبق بالأصل، و إن کان بمعنى عدم سبق

---

(۱) من لا يحضره الفقيه الجزء: ۳ صفحة: ۲۶۵ طبعة النجف الحديثة، الوسائل باب: ۲۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۳

[(مسألة ۴۵): لو کان عنده اختان مملوکتان فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى]

(مسألة ۴۵): لو کان عنده اختان مملوکتان فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى (۱) حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملکه (۲) ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، و لو

العقد على الأخت و لا مقارنته، لأن الأصل المثبت لذلک متعارض فيهما، فان کل واحد منهما يصح أن يقال: العقد عليها لم يکن

مسبوقا بالعقد على أختها، و لا مقارنا له. و أصالة صحة العقد بالنسبة الى كل واحد منهما أيضا متعارضة. فيتعين الرجوع الى أصالة عدم ترتب الأثر فيهما معا.

هذا إذا كان الشك فى السبق و الاقتران بالنسبة الى كل منهما. أما إذا كان بالنسبة إلى واحدة منهما بعينها، دون الأخرى، بأن تردد فى العقد على هند بين كونه سابقاً و مقارناً، و فى عقد زينب بين أن يكون لاحقاً و مقارناً.

فقد علم ببطلان العقد على زينب، إما لمقارنته، أو للحوقه، فلا يكون مجرى للأصول الموضوعية و الحكمية. فلا مانع من جريانها بالنسبة إلى عقد هند، فيقال: إنه لم يسبق بالعقد على الأخت، و لم يقترن به، كما يقال:

إنه صحيح لأصالة الصحة.

(۲) إجماعاً كما تقدم فى المسألة التاسعة و الثلاثين.

(۳) فتحل حينئذ بلا إشكال، و لا خلاف. و يقتضيه عمومات الحل بعد انتفاء صدق الجمع بين الأختين. مضافا الى صحيح عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول: إذا كانت عند الرجل الأختان المملوكتان، فنكح إحداهما، ثمَّ بدا له فى الثانية فنكحها، فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الاولى من ملكه، يهبها، أو يبيعها.

فان وهبها لولده يجزيه» «۱».

و نحوه ما تقدم فى خبر الطائى

«۲».

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۱.

(۲) راجع المسألة: ۳۹ من هذا فصل.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۵۴

بأن يهبها من ولده. و الظاهر كفاية التمليک الذى له فيه الخيار (۱)، و إن كان الأحوط اعتبار لزومه. و لا يكفى- على الأقوى- ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية (۲)، كالتزويج للغير، و الرهن، و الكتابة، و نذر عدم المقاربة، و نحوها. و لو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا (۳)،

---

(۱) لإطلاق الأدلة. لكن فى القواعد: «و فى اشتراط اللزوم إشكال».

و فى التذكرة: «و لو باع بشرط الخيار فكل موضع يجوز للبائع الوطء لا تحل فيه الثانية». و كأن ذلک من جهة دعوى ظهور النص فى الخروج عن الملک على وجه يستوجب حرمة الوطء، و مع عدم اللزوم يحل الوطء.

و فيه: أن الحل إنما يكون بالفسخ، لا بلا واسطة. كما أنه مع اللزوم أيضا يحل الوطء بالشراء، أو الاستيهاب، أو الاستحلال، مع التمكن من ذلک، بلا فرق بين المقامين، فاللازم عدم الفرق بينهما فى حل الثانية.

(۲) قال فى القواعد: «و فى الاكتفاء بالتزويج، أو الرهن، أو الكتابة إشكال». و فى التذكرة: «يكفى التزويج، لان التحريم يحصل به. فان رهنها لم تحل الأخت، لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها، و لهذا تحل بإذن المرتهن فى وطئها. و لأنه يقدر على فكها متى شاء و استرجاعها اليه. و لو حرم إحداهما باليمين على نفسه لم تبح الأخرى لأن هذا لا يحرمها، و إنما هو يمين مكفر .. الى أن قال: و لو كاتب إحداهما حلت له الأخرى. و هو قول الشافعية. لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه، فأشبه التزويج». و فيه: أن المستفاد من الأدلة أن التحليل إنما يكون بالخروج عن الملک، و هو غير حاصل فى الفروض المذكورة. مع أن المناقشة فى التعليلات المذكورة ظاهرة.

(۳) لما تقدم فی المسألة التاسعة و الثلاثین.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۵

فلا یحد و یلحق به الولد (۱). نعم یعزر.

[(مسألة ۴۶): إذا وطئ الثانیة بعد وطء الأولى حرمتا علیه مع علمه بالموضوع و الحکم]

(مسألة ۴۶): إذا وطئ الثانیة بعد وطء الأولى حرمتا علیه مع علمه بالموضوع و الحکم (۲). و حینئذ فإن

---

(۱) لأنه فراش، إذ المراد منه ما یقابل العاهر، و هو الزانی.

(۲) أما حرمة الثانیة: فلما تقدم. و قد عرفت أنه لا إشکال فیها، و إن کان قد یظهر مما فی الشرائع من قوله: «أما إذا وطئها (یعنی: الثانیـة) قیل: حرمت الاولى حتى تخرج الثانیـة عن ملکه» وجود القائل بحلیـة الثانیـة بعـد وطئها، و اختصاص التحریم بالأولى. لکن فی المسالک:

«لم نعرف قائله، و لا من نقله، غیر المصنف». و نحوه فی الجواهر. و ربما یستدل له

بخبر معاویـة بن عمـار قال: «سألت أبا عبـد اللّه (ع) عن رجل کانت عنـده جاریتان أختان، فوطئ إحـداهما ثمَّ بـدا له فی الأخرى. قال (ع):

یعتزل هذه و یطأ الأخرى. قلت: فإنه تنبعث نفسه للأولى. قال (ع):

لا یقربها حتى تخرج تلک من ملکه» «۱».

لکنه لا یـدل على ذلـک، و إنما یـدل على حلیـة الثانیـة بمجرد الاعتزال عن الاولى، الـذی قـد عرفت أنه خلاف النص، و الفتوى، بل الإجماع. و أما حرمة الأولى بعد وطء الثانیة: فیشهد به

خبر أبی الصـباح الکنانی عن أبی عبـد اللّه (ع)- فی حـدیث- قال: «سألته عن رجل عنـده أختان مملوکتان، فوطئ إحداهما، ثمَّ وطئ الأخرى. فقال (ع): إذا وطئ الأخرى فقد حرمت علیه الاولى حتى تموت الأخرى. قلت: أ رأیت إن باعها فقال (ع): إن کان إنما یبیعها لحاجة، و لا یخطر على باله من الأخرى شیء فلا أرى بذلک بأسا. و إن کان إنما یبیعها لیرجع إلى الاولى فلا» «۲».

و نحوه

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل فی باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۹.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۶

أخرج الأولى عن ملکه حلت الثانیـة مطلقاً (۱)، و إن کان ذلک بقصد الرجوع إلیها (۲). و إن أخرج الثانیة عن ملکه یشترط فی حلیة الاـولى أن یکون إخراجه لها لا بقصـد الرجوع الى الاولى (۳)، و إلاـ لم تحـل. و أما فی صورة الجهل بالحرمـة موضوعاً أو حکماً فلا یبعد بقاء الاولى على حلیتها و الثانیة على حرمتها (۴)، و إن کان الأحوط عدم حلیة الأولى إلا

مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع)

، و صحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع)

«۱» و موثق علی بن أبی حمزة عن أبی إبراهیم

«۲»، و خبر أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳». ففی صحیح الحلبی

التصریح بحرمتهما جمیعاً بعد وطء الثانیة عمداً.

(۱) کما سبق فی المسألة السابقة.

(۲) للإطلاق.

(۳) کما عرفت التقیید به من النصوص.

(۴) کما حکاه فی الشرائع قولا لبعض، أخذاً بظاهر

صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «قلت له: الرجل یشتری الأختین فیطأ إحداهما، ثمَّ یطأ الأخری بجهالة. قال (ع): إذا وطئ الأخیرة بجهالة لم تحرم علیه الأولی، و إن وطئ الأخیرة و هو یعلم أنها علیه حرام حرمتا علیه جمیعا» «۴».

و لا ینافی ذلک ما

فی خبر عبد الغفار الطائی، فإن ما فیه من قوله: «قلت: فان جهل ذلک حتی وطئها

(یعنی: الثانیة).

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ملحقا حدیث: ۹.

(۲) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱۰.

(۳) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۷

.....

قال (ع): حرمتا علیه کلتاهما» «۱»

ظاهر فی حرمة الأولی مع وطء الثانیة جهلا، لإمکان الجمع بالحمل علی الکراهة. و هو أقرب مما ذکره فی الجواهر من حمل صحیح الحلبی علی أن المراد أنه لم تحرم علیه الأولی فی حال الجهل کما تحرم فی حال العلم، فإنه فی حال العلم لا- ترتفع الحرمة إلا بإخراج الثانیة عن الملک لا بقصد الرجوع الی الأولی، أما فی حال الجهل فیکفی خروج الثانیة عن الملک و لو بقصد الرجوع الی الأولی، و تحل الاولی بذلک. بل هو بعید جداً و لیس من الجمع العرفی أصلا، و إن حکی عن النهایة، و تبعه علیه فی المختلف و جامع المقاصد و غیرهما، فلو فرض تعین الجمع المذکور بینهما فاللازم إجراء حکم التعارض، و الترجیح للصحیح، بل فی حجیة خبر الطائی

فی نفسه إشکال، لضعفه.

و من ذلک یظهر ضعف ما ذکره فی الشرائع، و نسبه فی المسالک الی أکثر المتأخرین، بل هو ظاهر المبسوط من أن الثانیة تحرم علی التقدیرین- أی: العلم و الجهل- دون الأولی، فإنها تبقی علی الحل. فإنه مخالف لجمیع النصوص علی اختلاف مفادها. و أما الأصل، و اختصاص أدلة المنع من الجمع بین الأختین بالأخیرة، و قاعدة: «الحرام لا یحرم الحلال» فلا تصلح لمعارضة النصوص المعتبرة سنداً، و دلالة، و لا یستوجب طرحها.

و قریب منه فی الضعف التفصیل بین وطء الثانیة جهلا فلا تحرم الاولی، و وطئها عمداً فتحرم الاولی، و لکن تحل بخروج الثانیة عن

الملـک، و لو بقصـد الرجوع الی الأـولی. فـإنه و إن کـان موافقاً لبعض النصوص، لکنه مخالف لبعضـها الآخر الصـریح فی تقییـد حل الاولی بخروج الثانیة عن الملک بما إذا لم یکن بقصد الرجوع الی الاولی.

و المتحصل: أن الأقوال فی وطء الثانیة بعد وطء الاولی خمسة:

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۸

بإخراج الثانیة و لو کان بقصد الرجوع الی الأولی (۱).

و أحوط من ذلک کونها کصورة العلم (۲).

الأول: حرمة الثانیة دون الاولی. اختاره فی الشرائع و القواعد و غیرهما.

الثانی: حرمة الأولی دون الثانیة، علی ما حکاه فی الشرائع قولا. الثالث:

حرمـة الاولی مع العلم، و لا تحل إلا بإخراج الثانیـة عن الملک لا بقصد العود إلی الاولی. و مع الجهل لا تحرم الاولی، کما حکاه فی الشرائع قولا، و حکاه فی کشف اللثام عن ابن حمزة، و جعله أقوی من قول الشیخ.

و هو الـذی اختاره فی المتن. الرابع: القول المـذکور بعینه، لکن مع الجهل تحرم الاولی و تحل بإخراج الثانیة عن ملکه. و لو بنیة العود إلی الأولی.

اختاره فی النهایة. و تبعه علیه جماعة، منهم صاحب الجواهر. الخامس:

أنه إن کان عالماً حرمت علیه الاولی حتی تخرج الثانیة عن ملکه مطلقاً.

و إن کان جاهلا لم تحرم. و هـذا القول حکاه فی التهذیب قولا، و لم یعرف قائله. و من ذلک یظهر أن الأقوال فی التفصـیل بین العلم و الجهل ثلاثة.

و المتحصـل من الأدلـة هو القول الثالث، المختار فی المتن. أما القولان الأولان: فهما منافیان لجمیع النصوص المشـتملة علی التفصـیل بین العلم و الجهل، و للنصوص المتضـمنة أنه إذا وطئ الثانیة حرمتا جمیعاً. و أما الرابع: فمناف لنصوص التفصـیل بین العلم و الجهل و الحرمة فی الأول و الحل فی الثانی، من دون وجه ظاهر، غیر خبر الطائی

الـذی هو مع ضـعف سـنده، یمکن الجمع بینه و بینهمـا بالحمل علی الکراهـة. و أما الخامس: فمناف لخبر الکنانی و ما بمضـمونه من النصوص الکثیرة. من دون وجه ظاهر. فلاحظ.

(۱) کما یقتضیه إطلاق القول الثانی و الرابع.

(۲) یعنی: فلا تحل الأولی إلا بإخراج الثانیة عن ملکه لا بقصد الرجوع الی الأولی. لکن هذا الاحتمال لا قائل به.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۵۹

[(مسألة ۴۷): لو کانت الأختان کلتاهما أو إحداهما من الزنا]

(مسألة ۴۷): لو کـانت الأختان کلتاهما أو إحـداهما من الزنا فالأحوط لحوق الحکم من حرمـة الجمع بینهما (۱) فی النکاح، و الوطء إذا کانتا مملوکتین.

[(مسألة ۴۸): إذا تزوج بإحدی الأختین ثمَّ طلقها طلاقا رجعیاً لا یجوز له نکاح الأخری]

(مسألة ۴۸): إذا تزوج بإحدى الأختين ثمَّ طلقها طلاقا رجعیاً لا یجوز له نکاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدة (۲). و أما إذا کان بائنا بأن کان قبل الدخول، أو ثالثا

---

(۱) و إن کان خلاف المتسالم علیه عندهم من نفی النسب بالزنا، کما یقتضیه

قوله (ص): «الولد للفراش، و للعاهر الحجر» «۱»

، فان الظاهر منه أنه وارد فی مقام بیان الحکم الواقعی من نفی النسب عن العاهر واقعا. و یشیر الیه ما

فی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع):

«قال أیما رجل وقع على ولیدة قوم حراماً، ثمَّ اشتراها، فادعى ولدها، فإنه لا یورث منه شیء، فان رسول اللّه (ص) قال: الولد للفراش، و للعاهر الحجر. و لا یورث ولد الزنا، إلا رجل یدعی ابن ولیدته» «۲»

فان قوله:

«و لا یورث ولد الزنا»

کالصریح فی ولد الزنا الواقعی.

و نحوه غیره. لکن المستفاد من بعض الروایات، و من مذاق الشرع الأقدس: أن حرمة النکاح و الوطء تابعة للنسب العرفی. فلاحظ ما ورد فی الاستنکار لان یکون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم. و أن تحریم النکاح من الأحکام الإنسانیة، لا من الأحکام الشرعیة تعبداً.

(۲) بلا خلاف، کما فی الجواهر، لأنها بمنزلة الزوجة. و یقتضیه

خبر أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته، أ یحل له أن یخطب أختها قبل أن تنقضی عدتها؟

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب میراث ولد الملاعنة حدیث: ۱، ۴.

(۲) الوسائل باب: ۷۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

أو کان الفراق بالفسخ لأحد العیوب، أو بالخلع، أو المبارأة جاز له النکاح الأخرى (۱). و الظاهر عدم صحة رجوع الزوجة فی البذل بعد تزویج أختها (۲)، کما سیأتی فی باب الخلع إن شاء اللّه. نعم لو کان عنده إحدى الأختین بعقد الانقطاع و انقضت المدة لا یجوز له- على الأحوط- نکاح أختها فی عدتها و إن کانت بائنة، للنص الصحیح (۳).

قال: إذا برئت عصمتها منه و لم یکن له علیها رجعة فقد حل له أن یخطب أختها» «۱»

، و

خبر زرارة عن أبی جعفر (ع): «فی رجل طلق امرأته و هی حبلى، أ یتزوج أختها قبل أن تضع؟ قال (ع): لا یتزوجها حتى یخلو أجلها (بطنها خ ل)» «۲»

بناء على حمله على الطلاق الرجعی، جمعاً بینه و بین ما قبله.

(۱) بلا خلاف ظاهر. و یقتضیه خبر الکنانی المتقدم

. مضافاً الى عمومات الحل بعد عدم کونه جمعا بین الأختین.

(۲) لما یستفاد من نصوص جواز رجوع المختلعة بالبذل من کونه أشبه بالمعاوضة بینه و بین رجوع الزوج بها، فاذا تعذر الثانی- للزوم

الجمع بین الأختین أو نحو ذلک من موانع الرجوع- تعذر الأول أیضا.

(۳) و هو ما

رواه فی التهذیب بإسناده عن الحسین بن سعید قال: «قرأت فی کتاب رجل الی أبی الحسن الرضا (ع): الرجل یتزوج المرأة متعة إلی أجل مسمی، فینقضی الأجل بینهما، هل یحل له أن ینکح أختها من قبل أن تنقضی عدتها؟ فکتب (ع): لا یحل له أن یتزوجها حتی

---

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۶۱

و الظاهر أنه کذلک إذا وهب مدتها (۱)، و إن کان مورد النص انقضاء المدة.

[(مسألة ۴۹): إذا زنی بإحدی الأختین جاز له نکاح الأخری فی مدة استبراء الأولی]

(مسألة ۴۹): إذا زنی بإحدی الأختین جاز له نکاح الأخری فی مدة استبراء الأولی. و کذا إذا وطئها شبهة جاز له نکاح أختها فی عدتها، لأنها بائنة. نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدة (۲)، خصوصاً فی صورة کون الشبهة من طرفه

تنقضی عدتها» «۱».

و نحوه ما رواه فی الفقیه أیضا عن علی بن أبی حمزة

«۲»، و ما رواه فی الکافی عن یونس

«۳»، و ما رواه أحمد بن محمد ابن عیسی فی نوادره

«۴». و عن نهایة المرام: أن العمل به متعین. لکن فی السرائر: «و هی روایة شاذة، مخالفة لأصول المذهب، لا یلتفت إلیها و لا یجوز التعریج علیها». و لأجل ذلک توقف فی المتن عن الفتوی بمضمونها. بل إعراض الأصحاب عنها موجب لسقوطها عن الحجیة، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضیة للجواز.

(۱) لأجل أن المفهوم عرفاً: أن موضوع الحکم العدة الموجبة للعلقة، و لیس لانقضاء الأجل خصوصیة فی ذلک.

(۲) کأن الوجه فی الاحتیاط المذکور الخبر الآتی بناء علی عدم فهم خصوصیة مورده.

---

(۱) التهذیب الجزء: ۷ صفحة ۲۸۷ طبعة النجف الحدیثة، الوسائل باب: ۲۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة الملحق الثالث للحدیث: ۱.

(۲) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة: ۲۹۵. الوسائل باب: ۲۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة الملحق الأول للحدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۲۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۲۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة الملحق الرابع للحدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۶۲

و الزنا من طرفها من جهة الخبر (۱) الوارد فی تدلیس الأخت التی نامت فی فراش أختها بعد لبسها لباسها.

[(مسألة ۵۰): الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین]

(مسألة ۵۰): الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین (۲)

(۱) و هو

صحیح برید العجلی قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة فزفتها إلیه أختها، و کانت أکبر منها، فأدخلت منزل زوجها لیلا، فعمدت الی ثیاب امرأته فنزعتها منها، و لبستها، ثمَّ قعدت فی حجلة أختها و نحت امرأته و أطفأت المصباح، و استحیت الجاریة أن تتکلم، فدخل الزوج الحجلة فواقعها، و هو یظن أنها امرأته التی تزوجها، فلما أن أصبح الرجل قامت إلیه امرأته، فقالت: أنا امرأتک فلانة التی تزوجت، و ان أختی مکرت بی فأخذت ثیابی فلبستها، و قعدت فی الحجلة، و نحتنی، فنظر الرجل فی ذلک فوجد کما ذکر. فقال: أری أن لا مهر للتی دلست نفسها. و أری أن علیها الحد لما فعلت حد الزانی غیر محصن. و لا یقرب الزوج امرأته التی تزوج حتی تنقضی عدة التی دلست نفسها، فاذا انقضت عدتها ضم إلیه امرأته» «۱».

و هذا الصحیح نظیر ما قبله یظهر من الأصحاب إعراضهم عنه، لعدم تعرضهم لمضمونه. فالعمل به غیر ظاهر.

مع أن مورده وطء الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة من عدتها، و هو غیر ما نحن فیه. اللهم إلا أن یستفاد منه حکم ما نحن فیه، لعدم الفرق.

(۲) کما هو المعروف بین الأصحاب، بل ظاهرهم الاتفاق علیه، و فی الجواهر: «لم أجد أحدا من قدماء الأصحاب و لا متأخریهم ذکر ذلک فی المکروهات، فضلا عن المحرمات المحصورة فی ظاهر بعض و صریح آخر فی غیره». و قال فی الحدائق: «هذه المسألة لم یحدث فیها الکلام

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب العیوب و التدلیس حدیث: ۱.

علی کراهة. و ذهب جماعة من الاخباریة إلی الحرمة و البطلان بالنسبة إلی الثانیة (۱). و منهم من قال بالحرمة دون البطلان فالأحوط الترک (۲). و لو جمع بینهما فالأحوط طلاق الثانیة أو طلاق الاولی و تجدید العقد علی الثانیة بعد خروج الاولی عن العدة، و إن کان الأظهر علی القول بالحرمة عدم البطلان لأنها تکلیفیة، فلا تدل علی الفساد (۳). ثمَّ الظاهر عدم

إلا فی هذه الأعصار الأخیرة. و إلا فکلام المتقدمین من أصحابنا رضوان اللّه علیهم و المتأخرین خال من ذکرها و التعرض لها. و قد اختلف فیها الکلام و کثر النقض و الإبرام بین علماء عصرنا، و من تقدمه قلیلا، فما بین من جزم بالتحریم، و من جزم بالحل، و من توقف فی ذلک:

(۱) یظهر ذلک من الحدائق، حیث قال: «و التحقیق: أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بین الأختین حذو النعل بالنعل. و حینئذ فالمخرج منها هنا کما تقدم ثمة، و هو أن یفارق الثانیة، و إن طلقها فهو أولی».

و لم أعرف من وافقه علی ذلک.

(۲) یظهر ذلک من الشیخ جعفر بن کمال الدین، و لم یتحقق لدی موافق له علی ذلک. نعم نسب الی الشیخ سلیمان البحرانی، فقد حکی عنه أنه أمر رجلًا بطلاق إحدی نسائه، و کانت عنده فاطمیتان. و نسب إلیه أیضا التوقف، کما نسب الی الحر العاملی، و هو ظاهر الوسائل، حیث قال: «باب حکم الجمع بین اثنتین من ولد فاطمة (ع)». و کیف کان فالقائل بالحرمة و البطلان أو بالحرمة فقط نادر من الأخباریین. و نسبته إلی جماعة منهم غیر ظاهرة.

(۳) أما أنها تکلیفیة علی تقدیرها: فلأجل التعلیل فی الخبر بالمشقة،

الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا (١). كما أن الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى في المنتسب إليها- صلوات اللّه عليها- من طرف الأم (٢).

خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات.

و كيف كان فالأقوى عدم الحرمة، و إن كان النص الوارد في المنع صحيحاً، على ما

رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حماد (٣) قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول: لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع)، إن ذلک يبلغها

المحمولة على الإيذاء المحرم. لا لأجل القصور في موضوع العقد، لتدل على الفساد.

(١) لاطلاق النص الآتي.

(٢) هذا يتم لو كان موضوع المنع الفاطميتين. لكن الموضوع من كان من ولد فاطمة، و هو يصدق على من تولد منها، و لو من البنات.

كما ذكره في الجواهر، و جعله من جملة وجوه الإشكال في الخبر، لأنه لا- يخلو منه كثير من الناس، بل أكثر الناس. و لعله لذلک خص المصنف (ره) الحكم بغيره.

(٣)

رواه عن محمد بن علي ماجيلويه، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن أبيه، عن ابي عمير، عن أبان بن عثمان، عن حماد، قال: «سمعت ..» «١»

و

رواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحسن، عن السندي بن الربيع (عن علي بن السندي عن محمد بن الربيع. خ) عن

---

(١) الوسائل باب: ۴٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ١.

مستمسک العروة الوثقى، ج‌١۴، ص: ٢۶۵

فيشق عليها. قلت: يبلغها؟ قال (ع) إي و اللّه»

، و ذلک لإعراض المشهور عنه (١)، مع أن تعليله ظاهر في الكراهة.

إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلک شاقاً عليها (٢) إيذاء لها حتى يدخل في

قوله (ص) «من آذاها فقد آذاني».

محمد بن أبي عمير، عن رجل من أصحابنا، قال: «سمعته يقول: لا يحل ..» «١».

(١) بل في الجواهر: «عن بعض الناس أنه من البدع». و احتمل كون الخبر المزبور من انتحال أبي الخطاب، نظير انتحاله أن العلويات إذا حضن قضين الصوم و الصلاة. و كفى في تحقق الإعراض أنه لم يتعرض للحكم المذكور في كلام المتقدمين و المتأخرين و متأخريهم إلى زمان المحدث البحراني و ما قارب عصره، و لم يتعرض له إلا جماعة من الأخباريين، و لم يتضح البناء على الحرمة إلا من نادر منهم، و الباقون ما بين راد له، و متردد فيه.

(٢) هذا الاشكال ذكره في الحدائق، و أجاب عنه بأن المشقة النقل و الشدة و الصعوبة، و ذلک يستلزم الأذى، فان الأذى هو الضرر، و هو أقل مراتب المشقة. و فيه: أن إيذاءها (ع) المنهي عنه يراد به الإيلام النفساني، و هو غير لازم من المشقة، فإنه إذا نزل على الإنسان

ضیف عزیز یجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام فی إکرامه و تهیئة الطعام و لوازم الضیافة له، مع التلذذ النفسانی فی ذلک، و الصلحاء من الناس یتحملون المشقة فی صیام شهر رمضان فی الصیف، مع التلذذ النفسانی، و المجاهدون فی میدان القتال و الجلاد فی أعظم مشقة، مع التلذذ النفسانی .. و هکذا.

فالآلام النفسانیة لا تلازم المشقة. نعم الحمل علی الکراهة بقرینة التعلیل المذکور موقوف علی إثبات ان إدخال الشاق علیها مکروه. و هو غیر

(۱) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۶۶

[(مسألة ۵۱): الأحوط ترک تزویج الأمة دواماً مع عدم الشرطین]

(مسألة ۵۱): الأحوط ترک تزویج الأمة دواماً مع عدم الشرطین (۱)،

ظاهر، لجواز کونه حراماً، کالإیذاء. فتأمل.

(۱) بل هو المنسوب فی کشف اللثام الی أکثر المتقدمین، و حکاه فی الحدائق عن المبسوط، و الخلاف، و المفید، و ابن البراج، و ابن الجنید، و ابن أبی عقیل. و فی محکی کلام الأخیر نسبته الی آل الرسول. لقوله تعالی (وَ مَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ مِنْکُمْ طَوْلًا أَنْ یَنْکِحَ الْمُحْصَنٰاتِ الْمُؤْمِنٰاتِ فَمِنْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ مِنْ فَتَیٰاتِکُمُ الْمُؤْمِنٰاتِ. وَ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِإِیمٰانِکُمْ بَعْضُکُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنٰاتٍ غَیْرَ مُسٰافِحٰاتٍ، وَ لٰا مُتَّخِذٰاتِ أَخْدٰانٍ. فَإِذٰا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَیْنَ بِفٰاحِشَةٍ فَعَلَیْهِنَّ نِصْفُ مٰا عَلَی الْمُحْصَنٰاتِ مِنَ الْعَذٰابِ. ذٰلِکَ لِمَنْ خَشِیَ الْعَنَتَ مِنْکُمْ. وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ. وَ اللّٰهُ غَفُورٌ رَحِیمٌ) «۱» فان صدر الآیة الشریفة ظاهر فی اشتراط جواز نکاح الأمة بأن لا یستطیع طولا، و ظاهر ذیلها اشتراطه بخوف العنت. فلا یجوز إلا مع وجود الشرطین. و

صحیح زرارة بن أعین عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل یتزوج الأمة؟ قال (ع):

لا، إلا أن یضطر الی ذلک» «۲».

و

موثق أبی بصیر عن أبی عبد اللّٰه (ع): «فی الحر یتزوج الأمة. قال (ع): لا بأس إذا اضطر إلیها» «۳».

و

موثق محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل یتزوج المملوکة. قال (ع): إذا اضطر إلیها فلا بأس» «۴».

(۱) النساء: ۲۵.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۶۷

.....

و نوقش فی الاستدلال المذکور بالآیة تارة: بمنع حجیة مفهوم الشرط.

و یدفعها: أن المحقق فی الأصول الحجیة. و أخرى: بمنع حجیة مفهوم الشرط فی قبال عمومات التحلیل. و یدفعها: أن المفهوم کالمنطوق، فقد یکون مقتضى الجمع العرفی تقدیم المفهوم، لکونه أخص، کما فی المقام.

و ثالثة: بأن دلالة المفهوم على المنع بدون الشرط إذا لم یکن وارداً مورد الإرشاد الى ما فیه مصلحة المکلف بل کان وارداً فی مقام جعل الحکم الشرعی. و یدفعها، أن قرینة سیاق الآیة فی سیاق آیات التحلیل و التحریم یقتضی الثانی، و لا سیما و کون الأصل فی کلام الشارع ذلک، لا الإرشاد، حیث یدور الأمر بینهما. و رابعة: بأن الشرط فی المقام شرط للوجوب أو الاستحباب، فمع انتفائه ینتفی الوجوب أو الاستحباب لا الجواز. و فیه: أن الظاهر کونه شرطاً للجواز، بقرینة السیاق، و قوله تعالى (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ). و خامسة: بعدم ثبوت کون کلمة (من) بمنزلة (إن) فی إفادة المفهوم.

و یدفعها: أن الظاهر ذلک، کما یظهر بمراجعة مباحث مفهوم الشرط فی الأصول.

و سادسة: بأن مقتضى المفهوم العموم للعبد، و هو خلاف الإجماع على الجواز فیه بدون الشرط، فیتعین رفع الید عن المفهوم. و یدفعها: أنه لا مانع من البناء على تخصیص المفهوم بغیر العبد، کما فی کثیر من الموارد. و سابعة: بأن من المحتمل أن یکون المراد مما ملکت أیمانکم السراری و الجواری. و فیه:- مع أنه لا یناسب الشرط- مناف لقوله تعالى: (فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ..)، فإنه صریح فی التزویج. و مثل هذه المناقشات مناقشات أخرى یظهر اندفاعها بأقل تأمل. فإذاً لا مجال إلا للأخذ بظاهر الآیة.

و أما النصوص: فتمکن المناقشة فیها بأن الضرورة أخص من الشرطین.

فیتعین حمل النهی على الکراهة، للإجماع على عدم اشتراط الجواز بالأخص منهما، کما سیأتی. و فیه: أنه یمکن الجمع بین النصوص و غیرها بحمل

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۶۸

من عدم التمکن من المهر للحرة، و خوف العنت بمعنى:

المشقة أو الوقوع فی الزنا (۱).

الضرورة على الشرطین. و هو أولى من التصرف بالحکم.

و قیل بالجواز و لو مع عدم الشرطین، و فی الشرائع: أنه الأشهر.

و عن الغنیة: الإجماع علیه. لعمومات الحل التی یجب تقییدها بما سبق.

و لما دل على أنه لا یجوز نکاح الأمة على الحرة بغیر إذنها، لاشعارها بالجواز فی غیر موردها من وجهین- کما فی الریاض- أحدهما: تخصیص النهی بتزویجها على الحرة، فلو عم النهی لخلا التقیید بالحرة عن الفائدة.

و الثانی: دلالتها على جواز تزویجها و لو فی الجملة، و هو ینصرف الى العموم، حیث لا صارف له عنه. و فیه: أن الأدلة المذکورة واردة فی مقام آخر، و لا تعرض فیها لما نحن فیه. و وجود الحرة مع الاذن لا یوجب فقد أحد الشرطین. و

لخبر یونس عنهم (ع): «لا ینبغی للمسلم الموسر أن یتزوج الأمة إلا أن لا یجد حرة» «۱»

، و

خبر أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع): «لا ینبغی للحر أن یتزوج الأمة و هو یقدر على الحرة» «۲».

و نحوهما مرسل ابن بکیر، عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳». لکن ظهور «لا ینبغی» فی الجواز ممنوع. و لو سلم فلیس بحیث یقوى على صرف الظواهر المتقدمة فی المنع.

(۱) حمله على المعنى الأول جماعة. و هو الأوفق بالمعنى اللغوی و على الثانی جماعة أخرى، بل فی مجمع البیان نسبته الى أکثر

المفسرین، و فی کشف اللثام نسبته الی المشهور. و کأن الذی دعی الی هذا الحمل-

(۱) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۶۹

.....

مع مخالفته للمعنی اللغوی- قوله تعالی: (وَ إِنْ تَصْبِرُوا ..)، إذ الصبر لا یکون إلا مع حصول المشقة، و لا یکفی فی تحقق مفهومه خوفها، فیتعین إرادة الثانی، إذ لا ثالث لهما. و عن بعض الفقهاء: أنه المعنی الشرعی للعنت، نقل الیه عن المعنی اللغوی. لکنه- کما تری- غیر ظاهر.

و العلامة فی القواعد مع أنه فی هذا المقام فسر العنت بمشقة الترک، قال فی مبحث نکاح الإماء: «و خوف العنت إنما یحصل بغلبة الشهوة، و ضعف التقوی». فکأنه حمل خشیة العنت علی خشیة أثره مع تحققه فعلًا، نظیر قوله تعالی (إِنَّما یَخْشَی اللّهَ مِنْ عِبادِهِ الْعُلَماءُ) «۱»، و قوله تعالی (ذلِکَ لِمَنْ خَشِیَ رَبَّهُ) «۲»، لا علی خشیة نفسه، نظیر قوله تعالی (تِجارَةٌ تَخْشَوْنَ کَسادَها) «۳»، و قوله تعالی (خَشْیَةَ إِمْلاقٍ) «۴». و علی هذا لا یکون خلاف فی معنی العنت، بل الخلاف فی معنی خوف العنت، فهو بمعنی المشقة الشدیدة، و خوفه: إما بمعنی خوف وقوعه، أو بمعنی خوف أثره بعد المفروغیة عن وقوعه. فالمشهور علی الثانی. و غیرهم علی الأول. و بذلک یرتفع ظهور التنافی بین کلامی العلامة، و ترتفع الغرابة عن تفسیر المشهور بخوف الزنا.

نعم یبقی الإشکال فی وجه تخصیص الزنا من بین الآثار المترتبة علی المشقة الشدیدة، التی یخاف مما یترتب علیها، فإنه لا قرینة علی إرادته من أثر العنت. بل من الجائز أن یکون المراد مطلق المحذور المترتب علی المشقة، سواء لم یکن بالاختیار، مثل المرض و نحوه، أم کان بالاختیار، مثل

(۱) فاطر: ۲۸.

(۲) البینة: ۸.

(۳) التوبة: ۲۴.

(۴) الاسراء: ۳۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۰

.....

الزنا و نحوه من المحرمات. اللهم إلا أن یقال: القسم الأول إذا کان مخوفاً یجب الاحتیاط فیه. فیجب التزویج، و لا یکون الصبر أفضل فیتعین حمله علی القسم الثانی. لکن عرفت أنه لا قرینة علی إرادة الزنا بالخصوص من بین المحرمات الشرعیة، بل من الجائز العموم للنظر المحرم، و اللمس المحرم، و غیرهما. اللهم إلا أن یکون المراد من الزنا فی کلامهم ما هو أعم من ذلک، علی أن الفرق بین ما یترتب بلا اختیار و ما یترتب بالاختیار فی وجوب التزویج فی الأول، و عدم وجوبه فی الثانی، غیر ظاهر. إذ فی المقامین لا یکون ترک التزویج مقدمة للحرام. فان ترک التزویج إنما یکون مقدمة لحرمة الزوجة، إذ مع التزویج تحل، و بدونه تحرم، و لا یکون

مقدمة لوقوع المرض و نحوه بلا اختیار، و لا لوقوع الزنا و نحوه بالاختیار و هذا نظیر ما یقال:

«إن شراء الدواء واجب مقدمی لدفع المرض»، فان الشراء إنما یوجب حل الشرب، و لا یوجب دفع المرض، و إنما الذی یدفع المرض شرب الدواء لا ـ شراؤه. فالفرق بین القسمین فی المقدمیة للحرام- کی یدعی عدم جواز الصبر فی القسم الأول، و جواز الصبر فی القسم الثانی- غیر ظاهر.

فاذاً لا مانع من کون ترک التزویج أفضل فی المقامین. هذا بناء علی أن الأفضلیة حکم حقیقی. أما إذا کان حکماً فعلیاً، فلا یجوز فی المقامین، کما لا یخفی. و سیجیء التعرض لذلک. فانتظر.

و الذی یقتضیه العمل بالظاهر حمل العنت علی المشقة الشدیدة، و حمل خوفها علی خوف ما یترتب علیها من محذور شرعی أو عرفی. و دعوی:

نقل العنت شرعاً الی خصوص الزنا. عرفت أنها لا دلیل علیها، کما لا قرینة علی إرادته بالخصوص. فاللازم الأخذ بالإطلاق. و لا ینافیه قوله تعالی (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ) الدال علی أن ترک التزویج أفضل، و هو لا یتم إذا لزم محذور شرعی منه، لإمکان تخصیصه بما إذا لم یترتب

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۱

بل الأحوط ترکه متعة أیضا، و إن کان القول بالجوار فیها غیر بعید (۱). و أما مع الشرطین فلا إشکال فی الجواز.

ذلک علیه، کما عرفت.

(۱) کما حکاه فی الحدائق عن شرح النافع. فخص المنع بالدائم، لأنه المنصرف الیه من أدلة المنع. و

لمصحح البزنطی عن أبی الحسن الرضا (ع): «لا یتمتع بالأمة إلا بإذن أهلها» «۱»

، و

صحیحه الآخر عنه (ع): «عن الرجل یتمتع بأمة رجل بإذنه؟ قال (ع): نعم» «۲»

، و

صحیحه الآخر المروی عن قرب الاسناد عنه (ع): «أنه قال فی الأمة: یتمتع بها بإذن أهلها» «۳»

، و

صحیحه الآخر عنه (ع) قال: «سألته یتمتع بالأمة بإذن أهلها؟ قال (ع): نعم. إن اللّه عز و جل یقول (فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)» «۴».

و فیه: أن الانصراف ممنوع. بل الأنسب بقوله تعالی (وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) الانصراف الی التمتع، لما ورد فی المتمتع بهن من أنهن مستأجرات

«۵». و النصوص واردة فی مورد حکم آخر، و هو اعتبار إذن المالک فی صحة المتعة، لرفع احتمال عدم اعتبار الاذن فی المتعة، کما یشیر الیه

خبر سیف بن عمیرة عن أبی عبد اللّه (ع): «لا بأس بأن یتمتع بأمة المرأة بغیر إذنها. فأما أمة الرجل فلا یتمتع بها إلا بأمره» «۶».

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب المتعة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب المتعة حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب المتعة حدیث: ۵.

(۴) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب المتعة حدیث: ۳.

(۵) راجع الوسائل باب: ۴ من أبواب المتعة حدیث: ۲، ۴.

(۶) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب المتعة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۲

لقوله تعالی (وَ مَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ ..) الی آخر الآیة (۱). و مع ذلک الصبر أفضل (۲) فی صورة عدم خوف للوقوع فی الزنا (۳).

و نحوه خبر داود بن فرقد

«۱». و یشیر الی ذلک صحیح البزنطی الثالث

حیث تمسک فیه بالآیة الشریفة، الدالة علی أن التزویج متعة داخل فی الآیة الدالة علی اعتبار إذن المالک فی تزویج الأمة، لدفع توهم خلاف ذلک. فاذاً التفصیل المذکور ضعیف.

و مثله التفصیل بین من عنده الحرة فلا- یجوز، و بین غیره فیجوز، و لو مع فقد الشرطین. فعن الشیخ (ره): أنه حکاه عن قوم من أصحابنا. لکن بعضهم أنکر وجود القول المذکور. و کیف کان فلا- دلیل علیه فی قبال ما عرفت من أدلة المنع. و لذا کان الأولی إرجاعه إلی القول بالمنع. و استدل له

بمصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع):

«قال تزوج الحرة علی الأمة، و لا تزوج الأمة علی الحرة. و من تزوج أمة علی حرة فنکاحه باطل» «۲».

و نحوه غیره. و دلالته علی جواز تزوج الأمة لمن لم یکن عنده حرة و لو مع فقد الشرطین خفیة.

(۱) فان قوله تعالی: (فَانْکِحُوهُنَّ ..) صریح فی الجواز.

(۲) لما فی ذیل الآیة الشریفة من قوله تعالی (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ) و لا منافاة بین ذلک و بین اشتراط الجواز بخوف العنت. لإمکان تخصیصه بصورة ما إذا لم یترتب علیه محذور شرعی، کما سیأتی.

(۳) قال فی المسالک: «أطلق القائلون بجوازه بالشرطین أن الصبر له أفضل، عملًا بظاهر قوله تعالی (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ). و فی الجمع بین خیریته مع اشتراط الجواز بخشیة العنت إشکال». وجه الإشکال:

---

(۱) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب المتعة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۳

کما لا إشکال فی جواز وطئها بالملک (۱)، بل و کذا بالتحلیل (۲) و لا فرق بین القن و غیره. نعم الظاهر جوازه فی المبعضة،

ما أشرنا إلیه من أنه إذا کان ترک التزویج یترتب علیه الزنا، یکون حراماً، فیمتنع أن یکون أفضل. لکن عرفت ما فیه، و أن ترک التزویج إنما یترتب علیه تحریم الزوجة، و لا یترتب علیه الزنا. و إنما یترتب الزنا علی حصول الشهوة، نظیر ترک شراء الدواء، الذی لا یترتب علیه المرض، و إنما یترتب علی ترک استعمال الدواء. و حینئذ لا مانع من کون ترک تزویج الأمة أفضل فی نفسه، و إن کان یلازمه الوقوع فی الزنا، أو المرض، أو نحوهما مما یحرم وقوعه اختیاراً، لعدم المقدمیة، و لا مانع من اختلاف المتلازمین فی الأحکام. لکن الظاهر من قوله تعالی (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَیْرٌ لَکُمْ) کونه حکماً فعلیاً لا یصح مع تحریم ملازمه. فلا بد أن یختص بصورة ما إذا لم یلزم المحرم، سواء کان اختیاریاً کالزنا و نحوه، أم لا کالمرض و نحوه. بأن یلزم منه ما لیس بمحرم کتشویش باله، و وقوف أعماله، و مکاسبه، و نحو ذلک. فإنه حینئذ یکون الصبر أفضل. و هذا مما یؤکد ما ذکرناه من الإطلاق و عدم الاختصاص بالزنا. و فی الجواهر

دفع الإشکال بأن الزنا بعد ما کان بالاختیار لم یکن ترک التزویج مقدمة محرمة، کی ینافی ذلک کونه أفضل. و فیه: أن الظاهر من قوله تعالی (خَیْرٌ لَکُمْ) أنه أفضل فعلًا، و أنه فی مقام الحث علیه. و هو یتنافی مع تحریم ما یلازمه من الزنا، کما عرفت.

(۱) باتفاق المسلمین. و فی الجواهر: أنه لا ریب فیه.

(۲) بناء علی التحقیق من أنه داخل فی ملک الیمین، و لیس من قبیل التزویج. نعم بناء علی الثانی یکون حکمه حکم الدائم، کما فی المسالک و غیرها.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۴

لعدم صدق الأمة علیها (۱)، و إن لم یصدق الحرة أیضا.

[(مسألة ۵۲): لو تزوجها مع عدم الشرطین فالأحوط طلاقها]

(مسألة ۵۲): لو تزوجها مع عدم الشرطین فالأحوط طلاقها (۲). و لو حصلا بعد التزویج جدد نکاحها إن أراد علی الأحوط (۳).

[(مسألة ۵۳): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثمَّ زالا أو زال أحدهما لم یبطل]

(مسألة ۵۳): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثمَّ زالا أو زال أحدهما لم یبطل (۴) و لا یجب الطلاق.

---

(۱) کما نص علی ذلک فی الجواهر، و إن کانت الآیة الشریفة لم یذکر فیها الأمة و إنما ذکر فیها «مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ»، و هو أیضا لا یشمل المبعضة، فلا تدخل فی أدلة المنع.

(۲) لاحتمال صحة النکاح، فلا یجوز ترکها بلا طلاق.

(۳) لاحتمال عدم صحته حین حدوثه.

(۴) کما فی المسالک و الجواهر، لأن الشرطین- علی تقدیر اعتبارهما- شرط فی الحدوث، فاذا تحققا و صح حین حدوثه جری استصحاب صحته بعد ذلک، و إن زال الشرطان، بل لو فرض أنه طلقها رجعیاً جاز له الرجوع بها بعد فقد الشرطین، لأنها بمنزلة الزوجة. و استشکل فیه فی الحدائق. لخلو الفرض عن النص بنفی أو إثبات، و عدم حجیة الاستصحاب.

و عن بعض العامة: بطلان العقد. و الجمیع- کما تری- خلاف الأصل.

بل خلاف النصوص الدالة علی جواز نکاح الحرة علی الأمة، فإنها محمولة علی صورة ما إذا تزوج الأمة لوجود الشرطین، ثمَّ زال أحدهما بحصول الطول الی تزویج الحرة. بل

فی صحیح محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع): «فی الرجل نکح أمة فوجد طولًا إلی حرة و کره أن یطلق الأمة. قال (ع): ینکح الحرة علی الأمة، إن کانت الأمة أولهما عنده» [۱].

---

[۱] ذکره بهذا المتن فی الحدائق- عن البحار عن کتاب الحسین بن سعید- فی مسألة الجمع-

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۷۵

[(مسألة ۵۴): لو لم یجد الطول أو خاف العنت]

(مسألة ۵۴): لو لم یجد الطول أو خاف العنت و لکن أمکنه الوطء بالتحلیل أو بملک الیمین یشکل جواز التزویج (۱)

[(مسألة ۵۵): إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها]

(مسألة ۵۵): إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها، لمرض، أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن (۲). و كذا لو كانت عنده (۳) واحدة من هذه، أو كانت زوجته الحرة غائبة.

---

(۱) بل في المسالك و الجواهر: لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط و هو خوف العنت. و حكى فيهما احتمال الجواز، لأنه لا يستطيع طول حرة. و فيه: أن خوف العنت شرط آخر، و هو مفقود. و من ذلك يظهر الإشكال في توقف المصنف عن الفتوى. إلا أن يكون من باب الإشكال في الحكم في أصل المسألة. نعم يشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين. و كأنه يريد خوف العنت لا من جهة العجز عن النكاح، فإنه لا ينافي التمكن من نكاح الأمة. لكن الظاهر منه في الآية الشريفة الخوف الناشئ من العجز الشرعي عن النكاح، بحيث يكون العجز عن النكاح داعياً اليه. و هذا المعنى لا- يتحقق مع التمكن من نكاح الأمة بالملك و التحليل. و لذا قال في القواعد: «و القادر على ملك اليمين لا يخاف العنت، فلا يترخص».

(۲) لصدق عدم الطول على نكاح الحرة.

(۳) كما في المسالك و الجواهر و الحدائق. و في الأخير: نسبته الى تصريح الأصحاب. لصدق عدم الطول على نكاح الحرة. و الظاهر عدم

- بين الحرة و الأمة الجزء: ۶ صفحة: ۱۱۷ الطبعة القديمة و لا يوجد في الوسائل، و الموجود فيها حديث آخر عن محمد بن قيس مختلف معه متنا متحد معه معنى راجع الوسائل باب: ۸ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۷۶

[(مسألة ۵۶): إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة]

(مسألة ۵۶): إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة، يجوز الاثنتين (۱). أما الأزيد فلا يجوز، كما سيأتي (۲).

[(مسألة ۵۷): إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها]

(مسألة ۵۷): إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه، فكصورة عدم القدرة (۳)، لقاعدة نفي الضرر. نظير سائر المقامات،

الاشكال فيه، كما يقتضيه ما سيأتي من جواز نكاح الأمة على الحرة بإذنها نصاً، و فتوى. نعم إذا تمكن من بعض الاستمتاعات بها غير الوطء، على وجه يزول خوف العنت، لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط الثاني.

(۱) نسبه في الحدائق إليهم. لإطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين، الشامل لمن لم يتزوج الأمة و لمن تزوجها.

(۲) و تقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين.

(۳) قال في المسالك: «لو وجدت الحرة، و قدر على ما طلبته من المهر، لكن طلبت أزيد من مهر مثلها، بحيث تجحف بالزيادة، ففي وجوب بذله، و تحريم نكاح الأمة وجهان، من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول. و من لزوم الضرر و المشقة بدفع الزيادة، و حمل القدرة على المتعارف. و هو قوي مع استلزام بذل الزيادة الإسراف عادة بحسب حاله، أو الضرر. و إلا فالأقوى الأول».

و المصنف (ره) فرض مجرد الضرر المالى. و استدل له بقاعدة نفى الضرر. و يشكل أولا: بأن قاعدة نفى الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية كباب المعاوضات المالية، و النكاح ليس منها، فان المهر لم يلحظ فيه المعاوضة المالية، فإن الزوجة لا كلا و لا بعضا تكون ملكا للزوج عوض المهر، و لا حق له فيها أيضا لوحظ عوضا عنه. و انما عنوان الاصداق

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۷۷

كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعاً و لكن يتوقف تحصيل الزاد و الراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فان الظاهر سقوط الوجوب و إن كان قادراً على ذلک. و الأحوط فى الجميع

عنوان آخر. و لذا لم يكن بناء الفقهاء على الرجوع الى قاعدة نفى الضرر فيما لو تزوج و أصدق أكثر من مهر المثل، كما هو حكم المغبون. و ثانياً:

أن غاية ما تقتضيه القاعدة المذكورة نفى الحكم الذى يؤدى الى الضرر، لا إثبات صحة تزويج الأمة مع فقد شرطه، و لا إثبات شرطه. نعم إذا توقف التخلص من الوقوع فى الحرام على تزويج الحرة المذكورة، و كان تزويجها ضرراً مالياً، سقط وجوب تزويجها. لكن لا يشرع صحة تزويج الأمة مع فقد شرطها. و وجوب التخلص من الحرام لا يقتضى مشروعيتها.

و كذلک رفع السهو و النسيان لا يقتضى صحة الصلاة التى وقع فيها السهو و النسيان. و دليل نفى الحرج لا يقتضى صحة المركب الذى كان بعض أجزاءه حرجياً.

فالمتحصل: أن قاعدة نفى الضرر تصلح لنفى الحكم الضررى، و لا تصلح لتشريع الحكم الذى به يرتفع الضرر. و من ذلک يظهر الإشكال فى مقايسة المقام بمسألة وجوب الحج، إذا توقف على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو شراء الراحلة أو الزاد بأكثر من ثمن المثل، فإن القاعدة هناک جارية على مقتضاها من نفى الحكم الضررى، فينتفى وجوب الحج، لأنه ضررى. و هنا يقصد إثبات صحة تزويج الأمة بالقاعدة، و هى لا تصلح لذلک. مضافاً الى أن الذى اختاره المصنف عدم سقوط الحج بذلک.

فراجع المسألة السابعة من مبحث الاستطاعة من حيث المال.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۷۸

اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله (۱) لا مطلقاً.

[فصل الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها]

اشارة

فصل الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها (۲).

---

(۱) كما فرضه فى المسالک. و حينئذ يجوز التزويج لصدق عدم الاستطاعة عرفاً من نكاح الحرة. و ليس من باب التمسک بقاعدة نفى الضرر.

تنبيه حكى عن المفيد (ره) أنه قال: «و من تزوج أمة و هو يجد طولا لنكاح الحرائر خالف اللّه عز و جل و شرطه عليه. إلا أنه لا ينفسخ بذلک نكاحه»، و حكى مثله عن ابن البراج. و ظاهره صحة العقد و لزوم الإثم.

فتكون الحرمة تكليفية. و فيه: أن ذلک خلاف ظاهر الأدلة و الآية و غيرها من الإرشاد الى عدم حصول الزوجية، كما فى أمثال المقام.

فصل

(۲) کما هو المعروف. نعم عن الشیخ: أنه حکی عن قوم من أصحابنا عدم الجواز، و إن أذنت. و لعله أراد صورة عدم خوف العنت، لوجود الحرة. و حینئذ یکون فی محله. و إلا فلا ینبغی التأمل فی بطلانه.

و فی الجواهر: «الإجماع بقسمیه علیه». و یشهد له

صحیح محمد بن إسماعیل ابن بزیع: «سألت أبا الحسن (ع) هل للرجل أن یتمتع من المملوکة بإذن أهلها و له امرأة حرة؟ قال (ع): نعم إذا رضیت الحرة. قلت: فان

و الأحوط اعتبار الشرطین (۱) من عدم الطول و خوف العنت و أما مع عدم إذنها فلا یجوز، و إن قلنا فی المسألة المتقدمة (۲) بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطین، بل هو باطل (۳).

أذنت الحرة یتمتع منها؟ قال (ع): نعم» «۱».

(۱) علی ما تقدم. و توقف المصنف هنا من أجل توقفه فی أصل المسألة، کما سبق.

(۲) یعنی مسألة الإحدی و الخمسین.

(۳) بلا خلاف ظاهر،

لمصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع):

«قال تزوج الحرة علی الأمة، و لا تزوج الأمة علی الحرة. و من تزوج أمة علی حرة فنکاحه باطل» «۲»

، و

خبر أبی بصیر: «سألت أبا عبد اللّه (ع): عن نکاح الأمة. فقال: تزوج الحرة علی الأمة، و لا تزوج الأمة علی الحرة. و نکاح الأمة علی الحرة باطل ..» «۳».

و

خبر محمد ابن الفضیل عن أبی الحسن (ع): «قال لا یجوز نکاح الأمة علی الحرة ..» «۴»

و

خبر الحسن بن زیاد: «قال أبو عبد اللّه (ع): تزوج الحرة علی الأمة، و لا تزوج الأمة علی الحرة ..» «۵».

و نحوها غیرها. و دلالة الجمیع علی البطلان ما بین صریحة و ظاهرة. و مقتضی إطلاقها: البطلان مطلقاً.

و إن أذنت الحرة کما تقدمت حکایة ذلک عن قوم من أصحابنا. لکن عرفت لزوم تقییدها بصورة عدم إذن الحرة، لصحیح ابن بزیع المتقدم

. و هو

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب المتعة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۴) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۴.

(۵) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۵.

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى (۱) بشرط تحقق

و إن كان مورده المتعة، إلا أنه لا قائل بالفرق بينها و بين الدوام. كما فى الرياض. و لا سيما بملاحظة دعوى الإجماع على الصحة مع الاذن، كما عن التبيان، و السرائر، و التذكرة، و المسالك.

(۱) كما فى الجواهر و المسالك، لإطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم

، الـذى عرفت تقييـد نصوص البطلان به. فيكون المتحصل من الجمع بين النصوص: هو البطلان ما لم تأذن سابقا، أو لاحقاً. خلافاً لما فى الشرائع و غيرها من البطلان. بل عن المبسوط، و ظاهر التبيان، و السرائر:

الإجماع عليه، و اختاره فى الرياض، اعتماداً على ذلك. و هو كما ترى، لشهرة الخلاف. فقد حكى فى المختصر النافع قولا: بأن للحرة الخيار بين إجازة عقد الأمة و فسخه. و نسبه فى الرياض الى الشيخين و ابنى البراج و حمزة، فكيف يكون البطلان إجماعيا؟ و كيف يعتمد على نقل الإجماع على البطلان مع العلم بالخلاف؟!.

و حكى فى المسالك عن الجماعة: القول بالخيار للحرة بين فسخ عقد الأمة و إمضائه، و عقد نفسها و إمضائه، لموثق سماعة عن أبى عبد اللّه (ع): «عن رجل تزوج امة على حرة. فقال: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها. قال: قلت: فان لم ترض بذلك و ذهبت إلى أهلها، فله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال (ع):

لا سبيل له عليها إذا لم ترض حين تعلم. قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟

قال (ع): نعم إذا خرجت من منزله أعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء، ثمَّ تتزوج إن شاءت» «۱».

قال فى المسالك- بعد ذكر الموثق-: «و هو يدل على جواز فسخها عقد نفسها. و يسهل بعده القول بجواز فسخ عقد

---

(۱) الوسائل باب: ۴۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ۳.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۸۱

.....

الأمـة». و فى المختلف حكى عن الشـيخين، و ابن البراج، و سـلار، و ابن حمزة: القول بتخيير الحرة فى فسـخ عقـد الأمة و إمضائه. ثمَّ قال: «هل للحرة أن تفسخ عقد نفسها لو دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان: نعم.

و به قال ابن البراج، و سـلار، و ابن حمزة». و قريب منه ما فى كشف اللثام. فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين. خلافاً لما يظهر من بعضهم من أن قول الشيخين هو تخير الحرة فى عقد نفسها لا غير، و لما تقدم عن الرياض من أن المنسوب الى الشيخين و أتباعهما هو تخير الحرة بين إجازة عقد الأمة و فسخه.

و كيف كان لا مجال لـدعوى الإجماع على البطلان بعد شـهرة الخلاف من القدماء. و حينئذ يتعين الرجوع الى النصوص. و قد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقاً و صحيح ابن بزيع

. و أما موثق سماعة

فمقتضى الجمع بينه و بين نصوص البطلان مطلقاً و صحيح ابن بزيع

: هو مـذهب الشـيخين، المؤلف من دعويين، كمـا عرفت. فيثبت البطلان مع عـدم الاذن من الحرة بمفهوم الصـحيح، الموافق لنصوص البطلان مطلقاً.

و الصحة مع الاذن منها بمنطوق الصحيح، لإطلاقه. و ثبوت الخيار لها حينئذ فى عقد نفسها بموثق سماعة

. و الطعن بالموثق بالضعف- کما فی النافع و المسالک- ضعیف.

و فی الحدائق: اختار البطلان. و أجاب عن الموثق بأنه لا یقوی علی معارضة نصوص البطلان. و کأنه لأن الموثق ظاهر فی صحة عقد الأمة مطلقا، فی قبال نصوص البطلان مطلقاً. و لم یتعرض للصحیح. و کأنه بناء منه علی عدم إطلاقه. و فیه: أنه غیر ظاهر. فاذا قید الصحیح إطلاق البطلان بمنطوقه، أمکن أن یقید بمفهومه إطلاق الصحة فی الموثق. و من ذلک یظهر الاشکال فیما فی الریاض من أن الموثق یدل علی صحة نکاح

الشرطین علی الأحوط (۱). و لا فرق فی المنع بین کون العقدین دوامیین أو انقطاعیین أو مختلفین (۲)، بل الأقوی عدم الفرق (۳) بین إمکان وطء الحرة و عدمه لمرض، أو

الأمة، فیعارضه نصوص البطلان اللازم تقدیمها علیه. نعم یشکل الموثق بأنه

رواه فی الکافی هکذا: «فی رجل تزوج امرأة حرة و له امرأة أمة، و لم تعلم الحرة أن له امرأة. قال: إن شاءت الحرة ..» «۱».

فلا یکون فیما نحن فیه. و کأنه لذلک لم یتعرض فی الجواهر للاستدلال به علی المسألة، بل استدل بما رواه فی الکافی للمسألة الثانیة، و فی تزویج الحرة علی الأمة. و احتمال أن تکونا روایتین فی واقعتین مع اتحاد السائل، و المسؤول منه، و السند، و الجواب علی طوله. و اشتماله علی سؤالات و أجوبة متکررة من السائل و المجیب. بعید، و لا سیما و أن الکلینی لم ینقل المتن الأول، و الشیخ لم ینقل المتن الثانی. فلو کانا حدیثین لکان اللازم نقلهما معا، لأنهما جمیعاً رویا ذلک عن الحسن بن محبوب عن یحیی اللحام، عن سماعة، و الظاهر أن ذلک کان فی کتاب الحسن بن محبوب، فما الذی دعی الی هذا التبعیض؟! و إنه لبعید جداً. و المظنون قویاً أنها حدیث واحد اختلف النقلان فی موضوع سؤاله. و لا ینبغی التأمل فی تقدیم نقل الکلینی مع معارضته لنقل الشیخ. و لم یتحقق استدلال الشیخین و أتباعهما به علی القول بالتخییر فی الفرض، بل من الجائز أن یکون دلیلهم شیئاً آخر، کما تقدم فی تزویج بنت الأخ و الأخت علی العمة و الخالة. فراجع.

(۱) علی ما تقدم من الإشکال فی أصل المسألة.

(۲) لإطلاق الأدلة.

(۳) یعنی: فی المنع إلا مع الإذن. لإطلاق أدلة المنع.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ملحق حدیث: ۳.

قرن، أو رتق، إلا مع عدم الشرطین (۱). نعم لا یبعد الجواز (۲) إذا لم تکن الحرة قابلة للاذن لصغر أو جنون، خصوصاً إذا کان عقدها انقطاعیاً. و لکن الأحوط مع ذلک المنع.

و أما العکس- و هو نکاح الحرة علی الأمة- فهو جائز و لازم إذا کانت الحرة عالمة بالحال (۳). و أما مع جهلها فالأقوی خیارها فی بقائها مع الأمة و فسخها و رجوعها إلی أهلها (۴)

---

(۱) لم یتضح وجه هذا الاستثناء، لأنه مع عدم الشرطین یکون المنع أولی. و المظنون أن هذا الاستثناء راجع الی الجواز المذکور بقوله:

«نعم لا یبعد الجواز ..». لکن نسخة الأصل کما هنا.

(۲) کما احتمل ذلک فی الجواهر، بناء علی ظهور دلیل اعتبار الاذن فی القابلة، فیبقی غیرها داخلا تحت عمومات الحل. ثمَّ احتمل العدم، لإطلاق النهی عن نکاح الأمة علی الحرة، المقتصر فی تقییده علی صورة الاذن من القابلة، و یبقی غیرها داخلا تحت عموم المنع. و هذا هو الموافق للقواعد، لأن عموم المنع أخص من عموم الحل، فیقدم علیه. و منه یظهر ضعف ما عن المبسوط من القول بالصحة.

(۳) بلا خلاف فیه و لا إشکال، لأصالة الحل و اللزوم. و خصوص النصوص المتضمنة جواز تزویج الحرة علی الأمة، کما تقدم بعضها.

(۴) کما هو المعروف. و یشهد له

خبر یحیی الأزرق: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل کانت له امرأة ولیدة، فتزوج حرة و لم یعلمها بأن له امرأة ولیدة. فقال (ع): إن شاءت الحرة أقامت، و إن شاءت لم تقم. قلت: قد أخذت المهر، فتذهب به؟ قال (ع): نعم، بما استحل من فرجها» «۱».

و نحوه موثق سماعة المتقدم عن الکافی

. و عن.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱

و الأظهر عدم وجوب أعلامها بالحال (۱). فعلی هذا لو أخفی علیها ذلک أبداً لم یفعل محرماً.

[(مسألة ۱): لو نکح الحرة و الأمة فی عقد واحد مع علم الحرة صح]

(مسألة ۱): لو نکح الحرة و الأمة فی عقد واحد مع علم الحرة صح (۲). و مع جهلها صح بالنسبة إلیها (۳) و بطل بالنسبة إلی الأمة (۴)،

التبیان: أن للحرة الخیار فی عقد الأمة أیضا، کالخیار فی عقد نفسها.

و دلیله غیر ظاهر فی مقابل عمومات اللزوم. و عن المبسوط: أنه روایة و لکنها لم تثبت.

(۱) کما فی الجواهر، للأصل، و لما یستفاد من الخبرین المذکورین.

و مجرد کون الخیار من حقوقها لا یستلزم وجوب أعلامها به. علی أن کون الخیار فی المقام من الحقوق غیر ظاهر، حتی فی حال العلم، فضلا عن حال الجهل. و حکی فی الجواهر عن الریاض أنه قال: «و لو أدخل الحرة علی الأمة جاز، و لزم علم الحرة بأن تحته أمة إجماعا و نصوصاً».

ثمَّ قال فی الجواهر: «و لم نتحقق ذلک. و یمکن أن یرید الإجماع و النصوص علی الحکم الأول ..» و لکن نسخة الریاض التی عندنا هکذا: «جاز و لزم مع علم الحرة ..»، فلا إشکال علیه حینئذ.

(۲) بلا إشکال ظاهر، لعمومات الصحة. و لزم، لدلیل اللزوم.

(۳) بلا إشکال لعمومات الصحة.

(۴) بلا إشکال فیه فی الجملة. و یقتضیه

صحیح أبی عبیدة الحذاء عن أبی جعفر (ع) قال: «سئل أبو جعفر (ع): عن رجل تزوج امرأة حرة و أمتین مملوکتین فی عقد واحد. قال (ع): أما الحرة فنکاحها جائز، و إن کان سمی لها مهراً فهو لها. و أما المملوکتان فان نکاحهما فی عقد

إلا مع إجازتها (۱). و کذا الحال لو تزوجهما بعقدین فی زمان واحد علی الأقوی (۲).

[(مسألة ۲): لا إشكال فی جواز نکاح المبعضة علی المبعضة]

(مسألة ۲): لا إشکال فی جواز نکاح المبعضة علی المبعضة (۳). و أما علی الحرة ففیه إشکال (۴). و إن کان لا یبعد جوازه (۵)، لان الممنوع نکاح الأمة علی الحرة، و لا یصدق الأمة علی المبعضة، و إن کان لا یصدق أنها حرة أیضا.

مع الحرة باطل، یفرق بینه و بینهما» «۱».

(۱) فیصح عقد الأمة حینئذ، کما فی المسالک و الجواهر و غیرهما.

و فی المسالک حکاه عن الشیخین و أتباعهما. و فی الریاض عن جماعة من الأعیان البطلان. و یقتضیه إطلاق صحیح أبی عبیدة المتقدم

. لکن فی الریاض احتمل الحمل علی الغالب، و هو صورة عدم الاذن و ظاهره التردد فی البطلان. و کذا قوله فی القواعد: «کان عقد الأمة موقوفاً، أو باطلًا». لکن فی الجواهر دعوی القطع بالصحة مع الاذن. و کأنه مستفاد مما تقدم فی عقد الأمة علی الحرة. و هو غیر بعید. و فی المختلف:

«کان للحرة الخیار فی فسخ عقد الأمة و إمضائه، و الخیار فی عقد نفسها، لأن العقد واحد وقع متزلزلًا و لا أولویة» و یشبه أن یکون من الاجتهاد فی قبال النص.

(۲) فإنه و إن لم یدخل فی عبارة النص صریحاً، لکنه یدخل فی مفهومه کما لا یخفی، لإلغاء خصوصیته عرفاً.

(۳) فإنه لا یدخل فی نصوص المنع، فیرجع فیه الی عمومات الحل.

(۴) لاحتمال کون شرف الحریة هو الموجب للمنع عن الفاقد لها.

(۵) کما مال إلیه فی الجواهر، لما ذکر فی المتن.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۸۶

[(مسألة ۳): إذا تزوج الأمة علی الحرة فماتت الحرة]

(مسألة ۳): إذا تزوج الأمة علی الحرة فماتت الحرة أو طلقها أو وهب مدتها فی المتعة أو انقضت لم یثمر فی الصحة (۱) بل لا بد من العقد علی الأمة جدیداً إذا أراد.

[(مسألة ۴): إذا کان تحته حرة فطلقها طلاقا بائناً]

(مسألة ۴): إذا کان تحته حرة فطلقها طلاقا بائناً یجوز له نکاح الأمة فی عدتها (۲). و أما إذا کان الطلاق رجعیاً ففیه إشکال، و إن کان لا یبعد الجواز، لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (۳).

[(مسألة ۵): إذا زوجه فضولی حرة فتزوج أمة]

(مسألة ۵): إذا زوجه فضولی حرة فتزوج أمة ثمَّ أجاز عقد الفضولی، فعلی النقل لا یکون من نکاح الأمة علی الحرة فلا مانع منه، و

على الكشف مشكل (۴).

---

(۱) لاستصحاب عدم ترتب الأثر. اللهم إلا أن يرجع الى عموم الصحة، المقتصر فى تقييده باعتبار إذن الحرة على صورة كونه عقد الأمة على حرة، و هو غير صادق فى الفرض.

(۲) إذ ليس عنده حرة، فلا يكون من تزويج الأمة على الحرة، الذى هو موضوع المنع، فعموم الحل بحاله شامل له. اللهم إلا أن يرجع الى استصحاب حال ما قبل الطلاق. لكن التحقيق عدم جريانه فى مثل المقام مقابل العموم.

(۳) لو سلم لا يجدى فى الجواز، لأن دليل تنزيل المطلقة رجعياً بمنزلة الزوجة كاف فى ثبوت الحكم الأول، المقدم على عموم الحل.

(۴) أما على الكشف الحقيقى: فلا ـ ينبغى الإشكال فى المنع، لأنه بالإجازة ينكشف أن الحرة زوجة حين عقد الفضولى، قبل عقد الأمة، فيكون العقد على الأمة من تزويج الأمة على الحرة. و أما على الكشف

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۸۷

[(مسألة ۶): إذا عقد على حرة و عقد وكيله له على أمة و شك فى السابق منهما]

(مسألة ۶): إذا عقد على حرة و عقد وكيله له على أمة و شك فى السابق منهما لا يبعد صحتهما (۱). و إن لم تجز الحرة. و الأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرة.

[(مسألة ۷): لو شرط فى عقد الحرة أن تأذن فى نكاح الأمة عليها صح.]

(مسألة ۷): لو شرط فى عقد الحرة أن تأذن فى

الانقلابى: فعقد الأمة حين وقوعه لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، لكن بعد الإجازة و حكم الشارع بتحقق الزوجية حين عقد الفضولى ينقلب العقد على الأمة بعد أن لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، فيكون من تزويج الأمة على الحرة. نعم يشكل المنع: بأن الأدلة منصرفة عن مثل ذلك، و الظاهر منها تزويج الأمة على الحرة حين حدوثه، و ليس الأمر كذلك على هذا المبنى. و أولى منه بالإشكال لو بنى على الكشف الحكمى.

(۱) أما عقد الحرة: فمعلوم الصحة على كل حال، سابقاً كان أو لاحقاً أو مقارنا. و أما عقد الأمة: فإن كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا ـ بإذن الحرة، و إن كان سابقاً فهو صحيح. و مع الشك فى الصحة يبنى على الصحة، لقاعدة الصحة. و أما الأصول الموضوعية: فمقتضاها الصحة أيضا إذا علم تاريخ عقد الأمة، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرة سابقاً، و لا حين وقوع العقد على الأمة، فلا يكون عقد الأمة لمن كانت عنده حرة لا سابقا و لا مقارناً، فيكون صحيحاً و أما إذا علم تاريخ عقد الحرة فأصالة عدم وقوع العقد على الأمة سابقاً و لا حين وقوع العقد على الحرة لا يقتضى صحة عقد الأمة، بل يلازم فساده، كما هو ظاهر. و حينئذ لا يمكن إثبات صحة عقد الأمة بالأصل الموضوعى فى هذه الصورة، و يتعين الرجوع الى أصالة الصحة. إلا أن يستشكل فيها، لأن الشك ناشئ من الشك فى الأمور الاتفاقية، و جريانها فى مثله محل إشكال و كلام.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۸۸

نكاح الأمة عليها صح. و لكن إذا لم تأذن لم يصح (۱)، بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة.

[فصل فى نكاح العبيد و الإماء]

اشارة

فصل فی نکاح العبید و الإماء

[(مسألة ۱): أمر تزویج العبد و الأمة بید السید]

(مسألة ۱): أمر تزویج العبد و الأمة بید السید، فیجوز له تزویجهما (۲) و لو من غیر رضاهما، أو إجبارهما علی ذلک. و لا یجوز لهما العقد علی نفسهما من غیر إذنه (۳)،

---

(۱) تقدم الکلام فی هذه المسألة فی المسألة التاسعة عشرة من فصل المحرمات بالمصاهرة. فراجع.

فصل فی نکاح العبید و الإماء

(۲) بلا إشکال فیه ظاهر فی الجملة. و سیأتی بیان التعرض لذلک فی الفتاوی و النصوص فی المسألة السادسة عشرة. و تقتضیه قاعدة السلطنة بعد ثبوت قابلیة المحل، فاذا کان للحر ولایة تزویج نفسه، فالعبد تکون ولایة تزویجه لمولاه.

(۳) فقد طفحت بذلک عباراتهم من دون نقل خلاف أو احتمال خلاف فی ذلک. و تقتضیه قاعدة السلطنة، فإن ثبوت السلطنة علی ذلک للمولی یقتضی نفیها عن غیره. مضافا الی قوله تعالی (فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ) «۱»، و بعض النصوص الآتیة فی المسألة الثانیة.

---

(۱) النساء:، ۲۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۸۹

کما لا یجوز لغیرهما العقد علیهما کذلک (۱)، حتی لو کان لهما أب حر. بل یکون إیقاع العقد منهما أو من غیرهما علیهما حراماً إذا کان ذلک بقصد ترتیب الأثر (۲). و لو لا مع إجازة المولی. نعم لو کان ذلک بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمته، لأنه لیس تصرفا فی مال الغیر عرفاً (۳) کبیع الفضولی مال غیره. و أما عقدهما علی نفسهما (۴) من غیر إذن المولی، و من غیرهما (۵) بتوقع الإجازة فقد یقال بحرمته (۶)

---

(۱) لما عرفت، من غیر فرق بین أن یکون العاقد أباً حراً، و غیره، لعموم القاعدة للجمیع.

(۲) لحکم العقل باستحقاق العقاب علی ما یصدر من المکلف من فعل أو ترک بقصد التوصل الی الحرام، فتکون الحرمة عقلیة لا شرعیة.

(۳) لاختصاص التصرف فی مال غیره المحرم بما یکون تصرفا خارجیاً، و إیقاع التزویج- کإیقاع البیع الفضولی- من التصرف الاعتباری، فلا یدخل فی الدلیل.

(۴) لم یتضح الفرق بین هذه المسألة و ما قبلها، فان ما قبلها کان فی عقدهما علی أنفسهما، و عقد غیرهما علیهما، و فی هذه المسألة کذلک.

(۵) التصرف من غیرهما لا یناسب التعلیل الآتی، فاللازم الضرب علیه. و المظنون أن أصل العبارة غیر موجود فیه قوله: «و من غیرهما». کما أن أصل العبارة السابقة هکذا: «نعم لو کان ذلک من غیرهما بتوقع الإجازة ..». فتکون العبارة السابقة فی إیقاع الغیر لا غیر، و هذه العبارة فی إیقاعهما لا غیر. فحینئذ تختلف المسألتان. و قد راجعت نسخة الأصل فوجدتها کما ذکرنا، علی ما هو الظاهر.

(۶) یظهر ذلک من الجواهر، فإنه بعد قول ماتنه: «لا یجوز للعبد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۰

لسلب قدرتهما و إن لم یکونا مسلوبی العبارة. لکنه مشکل، لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلک (۱). و کذا لو باشر أحدهما العقد للغیر بإذنه أو فضولة، فإنه لیس بحرام علی الأقوی و إن قیل بکونه حراماً (۲).

[(مسألة ۲): لو تزوج العبد من غیر إذن المولی وقف علی إجازته]

(مسألة ۲): لو تزوج العبد من غیر إذن المولی وقف علی إجازته، فإن أجاز صح. و کذا الأمة علی الأقوی (۳).

و لا للأمة أن یعقدا لأنفسهما نکاحاً إلا بإذن المالک» قال: «بل و لا یجوز- علی الأصح- أن یعقدا لغیرهما أیضا ذلک و لا غیره من العقود. و إن کان لو وقع منهما ترتب الأثر و إن أثما»، فحمل کلام الشرائع علی نفی الجواز التکلیفی. و فی الریاض: علل الحکم المذکور فی متن الشرائع بأنهما ملک له، فلا یتصرفان فی ملکه بغیر إذنه، لقبحه. انتهی. و نحوه کلام غیرهما.

(۱) هذا الانصراف غیر ظاهر. نعم ما جرت السیرة علی وقوعه بغیر إذن الولی مخصص لعموم سلب القدرة. لکن فی کون المقام منه غیر ظاهر. و من ذلک یشکل ما یأتی فی قوله (ره): «علی الأقوی».

(۲) تقدم ذلک عن الجواهر.

(۳) کما عن الأشهر، أو الأکثر، أو المشهور. و فی الشرائع:

أنه الأظهر. و فی المختصر النافع: أنه أشبه. للتصریح بذلک فی جملة من النصوص الواردة فی العبد، کمصحح زرارة عن أبی جعفر (ع): «سألته عن مملوک تزوج بغیر إذن سیده. فقال (ع): ذلک الی سیده إن شاء أجازه. و إن شاء فرق بینهما. قلت: أصلحک اللّه تعالی، إن الحکم بن عیینة و إبراهیم النخعی و أصحابهما یقولون: إن أصل النکاح فاسد، و لا تحل إجازة السید له. فقال أبو جعفر (ع): إنه لم یعص اللّه سبحانه،

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۲۹۱

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۱

.....

إنما عصی سیده، فإذا أجازه فهو له جائز» «۱».

و المراد من معصیة السید فعله بغیر إذنه، کما أن المراد من عدم معصیة اللّه سبحانه فعله بإذنه.

توضیح ذلک: أن المعصیة إنما یصح اعتبارها فی التکلیف، فهی الجری علی خلاف مقتضی التکلیف، کما أن الإطاعة الجری علی وفق مقتضی التکلیف، و المقام لما لم یکن فیه تکلیف، لا من اللّه تعالی، و لا من السید، تعین أن یکون المراد بالمعصیة فیه معنی آخر، و هو فعل ما لم یأذن به، فمعصیة السید فعل ما لم یأذن به السید. و عدم معصیة اللّه تعالی عدم فعل ما لم یأذن به اللّه تعالی، بأن کان فعله مأذوناً فیه منه تعالی، فان عقد العبد لا قصور فیه فی نفسه، فهو مشروع، و مأذون فیه من اللّه تعالی، فلم یکن فعله معصیة للّه تعالی بهذا المعنی، کما أنه لم یأذن فیه السید، فیکون فعله معصیة للسید بهذا المعنی. و یشیر الی ما ذکرنا

خبر زرارة عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغیر إذنه، فدخل بها، ثمَّ اطلع علی ذلک مولاه. قال (ع): ذاک لمولاه إن شاء فرق بینهما، و إن شاء أجاز نکاحهما. فان فرق بینهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن یکون اعتدی فأصدقها صداقاً کثیراً. و

إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر (ع): فإن أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر (ع): إنما أتى شيئا حلالًا، و ليس بعاص للّه، إنما عصى سيده، و لم يعص اللّه، إن ذلك ليس كإتيان ما حرم اللّه عليه، من نكاح في عدة و أشباهه» «۲».

و من النصوص الواردة في العبد

صحيح معاوية بن وهب قال: «جاء رجل الى أبي عبد اللّه (ع) فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي، ثمَّ أعتقوني

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۲.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۲۹۲

.....

بعد ذلك، فأجدد نكاحي أباها حين أعتقت؟ فقال (ع) له: أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال نعم، و سكتوا عني و لم يغيروا علي. قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم. اثبت على نكاحك الأول» «۱».

و نحوها خبر الحسن بن زياد الطائي

«۲» و غيره.

و من التعليل في الصحيح يظهر عموم الحكم للأمة. مضافاً الى إطلاق النصوص الدالة على أنه لا يجوز تزويج الأمة إلا بإذن مولاها، مثل

خبر أبي العباس البقباق: «قلت لأبي عبد اللّه (ع): يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها. قال: هو زنا إن اللّه تعالى يقول (فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)» «۳»

و

موثق أبي بصير قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع): عن نكاح الأمة.

قال (ع): لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها» «۴»

بناء على عمومها للاذن بعد العقد، كما تحقق ذلك في مبحث الفضولي. و قوله (ع):

«هو زنا»

مختص بصورة عدم الاذن، كما يظهر من الاستشهاد بالآية الشريفة.

و قيل بالبطلان فيهما، و هو المحكي عن أكثر القائلين ببطلان نكاح الفضولي، و إن كان بعضهم بنى على الصحة في العبد، كالشيخ في الخلاف و المبسوط، فقد حكى عنه أنه استثنى نكاح العبد بدون إذن سيده. و فيه:

أن البناء على بطلان الفضولي في النكاح، لا يقتضي البناء عليه في المملوك، للنصوص الخاصة به التي عرفتها.

و قيل بالبطلان، و أن الإجازة كالعقد المستأنف. حكى عن النهاية و التهذيب و المهذب. لكن في كشف اللثام- تبعاً للمختلف- حمل البطلان

(۱) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۳

و الإجازة کاشفة (۱). و لا ـ فرق فی صحته بها بین أن یکون بتوقعها، أو لا ـ بل علی الوجه المحرم. و لا یضره النهی، لأنه متعلق بأمر خارج (۲) متحد. و الظاهر اشتراط عدم الرد منه

علی التزلزل، فیرجع هذا القول الی المشهور.

و قیل بالبطلان فی الأمة، و الصحة فی العبد، حکی عن ابن حمزة.

و اختاره فی الحدائق. للنصوص الواردة فی الأمة، المتضمنة أن نکاحها بغیر إذن مولاها فاسد أو زنا بناء منه علی عدم عمومها للاذن بعد العقد.

و أما الصحة فی العبد فلما تقدم من النصوص. و فیه: ما عرفت فی وجه الاستشهاد بنصوص الأمة.

(۱) قد تحقق فی مبحث الفضولی: أن الإجازة کاشفة. علی نحو الکشف الانقلابی، بمعنی: أن الشارع حین الإجازة یحکم بصحة العقد، و ثبوت مضمونه. و مضمون العقد و إن کان نفس الزوجیة لا الزوجیة حین العقد، إلا أن المرتکز العرفی کون الزوجیة من قبیل المسبب عن العقد، علی نحو المسببات الحقیقیة عن أسبابها، بحیث لا تنفک عنها. و هذا الارتکاز قرینة علی حمل عمومات الصحة و النفوذ علی النحو المذکور من النفوذ، أعنی: النفوذ علی نحو المقارنة. فلاحظ مبحث الفضولی من کتابنا نهج الفقاهة.

(۲) التحقیق: أن النهی فی المعاملات سواء کان متعلقاً بأمر داخل أم خارج، متحد مع المعاملة أو غیر متحد- لا یقتضی فساد المعاملة، فإن النهی عن البیع وقت النداء نهی عن أمر داخل، بل عن نفس مضمون العقد، و لا یقتضی فساد العقد، و لا عدم ترتب المضمون. نعم فی العبادات یمکن التفصیل بین النهی عن العبادة نفسها أو عن أمر داخل فیها، کالجزء، و بین النهی عن أمر خارج، فإن الأول یقتضی الفساد، و الثانی لا یقتضیه إذا لم یکن المنهی عنه متحداً مع ذات العبادة، و مع الاتحاد یقتضی الفساد،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۴

قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة بعد الرد (۱). و هل یشترط فی تأثیرها عدم سبق النهی من المولی فیکون النهی السابق کالرد بعد العقد، أولا؟ وجهان. أقواهما: الثانی (۲).

[(مسألة ۳): لو باشر المولی تزویج عبده أو أجبره علی التزویج]

(مسألة ۳): لو باشر المولی تزویج عبده أو أجبره علی التزویج فالمهر إن لم یعین فی عین یکون فی ذمة المولی (۳)

إلا ـ بناء علی جواز اجتماع الأمر و النهی. ثمَّ إنک عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الإجازة عقلیة، لا شرعیة، فالنهی إرشادی من باب لزوم دفع الضرر، لا شرعی، فاستحقاق العقاب علة للنهی، لا معلول له. ثمَّ إن صحة العقد الواقع علی الوجه المحرم بالإجازة اللاحقة صریح النصوص المتقدمة.

(۱) کما هو المشهور، بل المدعی علیه الإجماع. و کأن الوجه فیه:

أن الرد بمنزلة الحائل بین الإجازة و العقد، فلا یمکن ارتباط الإجازة به، کما إذا کان بعد الإیجاب قبل القبول، فإنه مانع من ارتباط الإیجاب بالقبول عرفاً.

(۲) لعمومات الصحة. و عن جماعة: البناء علی البطلان. و هو غیر ظاهر الوجه، إلا بناء علی أن النهی السابق علی العقد یستوجب وقوع

الکراهة حال العقد و بعده آناً ما، فیکون الکراهة بمنزلة الرد. و فیه:

أن الکراهة لا تکون رداً، و لذا یصح عقد المکره إذا أجاز بعد ذلک.

و بالجملة: عمومات الصحة لا فرق فی شمولها لعقد الفضولی بین سبق النهی و عدمه.

(۳) الکلام تارة یکون فی المهر المذکور فی متن العقد. و أخری فی المهر المستحق بالوطء إذا لم یذکر المهر فی العقد. و الظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الأولی. و حینئذ یکون الوجه فیه ظاهر، لأن المهر المذکور لما لم یعین فی ذمة و لا فی عین انصرف الی ذمة العاقد المباشر

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۵

و یجوز أن یجعله فی ذمة العبد یتبع به بعد العتق مع رضاه.

و هل له ذلک قهراً علیه؟ فیه إشکال (۱) کما إذا استدان علی أن یکون الدین فی ذمة العبد من غیر رضاه. و أما لو اذن له فی التزویج فان عین کون المهر فی ذمته، أو فی ذمة العبد أو فی عین معین تعین (۲). و إن أطلق ففی کونه فی ذمته، أو فی ذمة العبد مع ضمانه له و تعهده أدائه عنه (۳)، أو کونه فی کسب العبد، وجوه. أقواها: الأول (۴). لأن الإذن فی الشیء إذن فی

و عهدته، و فی صورة الإجبار یکون الآمر بمنزلة المباشر. لکنه غیر ظاهر.

فالأولی إلحاق صورة الإجبار بالصورة الآتیة.

(۱) للإشکال فی دخول الذمة تحت سلطان المالک، لأن الملکیة قائمة بالعبد لا بذمته، فلا تکون ذمته مملوکة، و لا تحت ولایة المالک. إلا أن یقال: إن الذمة من شؤون المملوک، فتکون تحت ولایة مالکه. و یحتمل أن یکون وجهه الإشکال فی أن العبد حر بعد العتق، فکونه یتبع به بعد العتق حق علیه فی حال الحریة، فلا سلطان للمولی علی جعله. إلا أن یقال: إن المجعول أن یکون علیه حال الرقیة أن یدفعه حال الحریة، فالحق المجعول علیه جعل علیه فی حال الرقیة، لا فی حال الحریة.

(۲) لأنه مقتضی سلطان المولی.

(۳) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالأداء، لا الضمان الاصطلاحی، بأن یکون المهر فی ذمة المولی بعد أن کان فی ذمة العبد.

(۴) کما فی الشرائع و القواعد، و غیرهما. و حکی عن ابنی حمزة و إدریس و فی المسالک: أنه المشهور، و أنه الأصح. لأن الاذن فی النکاح یستلزم الاذن فی توابعه و لوازمه، کما لو أذن له فی الإحرام بالحج، فإنه یکون

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۶

لوازمه. و کون المهر علیه- بعد عدم قدرة العبد علی شیء،

إذناً فی توابعه من الافعال و إن لم یذکر. انتهی. لکن التعلیل المذکور إنما یقتضی الاذن فی جعل المهر، لا- کون المهر فی ذمة المولی. نعم لو ثبت أن العبد لا ذمة له تعین أن یکون المهر المجعول المأذون فی جعله فی ذمة المولی. و لکنه غیر ظاهر. بل خلاف المتسالم علیه. فقد ذکروا أنه إذا جعل المهر أکثر من مهر المثل کان الزائد علی مهر المثل فی ذمته.

و من ذلک یظهر الاشکال فیما فی الجواهر من الاستدلال علی المشهور بقوله:

«ضرورة عدم ذمة العبد صالحة للاشتغال، و إلا لکان المهر جمیعه فیها، و لم یقل به أحد». و أما عدم کون المهر جمیعه فیها إذا کان زائداً علی مهر المثل فلیس ذلک لعدم ذمة العبد، بل من الجائز أن یکون لدلیل آخر.

و لأجل ما ذکرنا من الاشکال علی التعلیل فسره فی المتن: بأن المراد أن من لوازم الاذن فی التزویج عرفا أن یکون المهر علی المولی، لعدم قدرة العبد و کونه کلًا علی مولاه. فالجعل فی ذمة العبد و إن کان ممکناً، لکنه خلاف ظاهر الاذن عرفاً. فکأن مراد المسالک

ذلک. و کذا قبله فی جامع المقاصد، فقد ذکر فیه التعلیل بعینه، بزیادة أن النکاح یمتنع إخلاؤه عن المهر، و العبد لا یملک شیئاً، فلا یجب علیه شیء، لامتناع أن یجب علیه ما لا یقدر علیه، لامتناع التکلیف بما لا یطاق. فیکون وجوبه علی المولی. انتهی. فلو لم یکن تعهد من المولی بالمهر کان الاذن صوریاً، لا جدیا. هذا بالنظر الی الغالب. و لذلک کان الاذن دالا علی کون المولی متعهداً بالمهر بالدلالة العرفیة. و لیس من باب أن الاذن فی الشیء إذن فی لوازمه، بل من باب أن لازم الاذن عرفاً التعهد بالمهر. و کان الأولی لذلک إسقاط الجملة الأولی من التعلیل، و الاقتصار علی ما بعدها. و هو غیر بعید.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۷

و کونه کلًا علی مولاه- من لوازم الاذن فی التزویج عرفا.

و کذا الکلام فی النفقة. و یدل علیه أیضا فی المهر روایة علی ابن أبی حمزة (۱)، و فی النفقة موثقة عمار الساباطی (۲). و لو تزوج العبد من غیر إذن مولاه ثمَّ أجاز، ففی کونه کالاذن

---

(۱)

رواها عنه الحسن بن محبوب عن أبی الحسن (ع): «فی رجل یزوج مملوکاً له امرأة حرة علی مائة درهم. ثمَّ إنه باعه قبل أن یدخل علیها. فقال (ع) یعطیها سیده من ثمنه نصف ما فرض لها. إنما هو بمنزلة دین له استدانه بأمر سیده» «۱».

و من ذیلها یظهر أن التزویج کان من العبد بإذن المولی، لا من المولی مباشرة کما یظهر من صدر الروایة، و إلا لم ینسجم بذیلها. فلاحظ.

(۲)

قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل أذن لعبده فی تزویج امرأة فتزوجها ثمَّ ان العبد أبق من موالیه، فجائت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولی العبد. فقال (ع): لیس علی مولاه نفقة و قد بانت عصمتها منه. فإن إباق العبد طلاق امرأته ..» «۲».

فإن تعلیل نفی النفقة علی المولی بأنها بانت عصمتها یدل علی ثبوتها علی السید مع عدم البینونة.

و عن المبسوط و ابنی البراج و سعید: أن المهر فی کسب العبد. و فی کشف اللثام: «و هو عندی أقوی، لأن الأصل براءة ذمة المولی. و الاذن فی النکاح لا یقتضی تعلیق لازمه فی الذمة، و إنما یستلزم الاذن فی لازمه، و هو الکسب للمهر و النفقة». و فیه: أنه لا مجال للأصل مع الدلیل، و قد عرفت أن من لوازم الاذن فی النکاح عرفاً التعهد بالمهر و النفقة.

و منع استلزام الاذن فی النکاح الاذن فی الکسب و المهر، بل لا بد فی فعل

---

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۷۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۸

السابق فی کون المهر علی المولی، أو بتعهده، أولا، وجهان (۱).

الکسب من الاستئذان. و کذلک صرف النماء فی الوفاء. نعم إذا کانت قرینة خاصة علی ذلک کان العمل علیها. و أما الکلیة فغیر ظاهرة. بل لو کان العبد معتاداً للخدمة فی المضیف أو المنزل، فاذن له المولی فی التزویج، فذهب و اشتغل بالکسب من نساجة و غیرها، بلا إذن من المولی فی ذلک کان شاذاً و متمرداً علی مولاه. و لذا قال فی الجواهر: «لیس فی الاذن ما یقتضی اختصاص ذلک بخصوص الکسب من أموال السید». و الاشکال علیه- کما فی رسالة شیخنا الأعظم- بأن مراد کاشف اللثام أنه لا تسلط علیه فی إلزامه

بالـدفع من غیر الکسب. ضـعیف. کیف؟! و لم یقل بـذلک أحد. و إنما القائلون بتعلقه فی ذمة المولی یریدون بذلک أنه له الدفع من أی مال شاء من کسب أو غیره. و الشـیخ و أتباعه یعنون الـدفع من الکسب. هذا إذا کان العبد کسوبا، أما إذا لم یکن، أو کان کسـبه یقصر عن المهر، بقی المهر فی ذمته، یتبع به بعد العتق. و قد یستفاد من کلام المبسوط: أنه یتعلق برقبته کأرش الجنایة.

و فی الجواهر: «قـد یقال: إنه فی ذمة العبد، لکونه عوض ما انتقل الیه من البضع، و لکن یسـتحق علی السـید أداؤه حالا، أو عند حلول الأجل. و لعل هـذا هو المراد من قولهم فی ذمة السـید، و أنه فی عهدته أداؤه عن العبد، و إلا فالمهر علی الزوج نصا، و فتوی». و کأنه الی ذلک أشار فی المتن بقوله: «أو فی ذمة العبد ..»، کما تقدم شرح المراد منه. و ما ذکره (ره) غیر بعید عن الأذواق العرفیة.

(۱) أقربهمـا: الأول. لما ذکر فیما إذا کانت الاذن سابقـة. و فی القواعـد: «و إجازة عقـد العبـد کالإذن المبتـدأة فی النفقـة. و فی المهر إشکال».

و فی کشف اللثام- فی وجه الاشکال-: «أن العقد لما وقع تبعه المهر،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۲۹۹

و یمکن الفرق بین مـا لو جعـل المهر فی ذمته فلا دخل له بالمولی (۱) و إن أجـاز العقـد. أو فی مال معین من المولی أو فی ذمته (۲) فیکون کما عین أو أطلق، فیکون علی المولی.

ثمَّ إن المولی إذا أذن فتارة یعین مقدار المهر، و تارة یعمم، و تارة یطلق، فعلی الأولین: لا إشکال. و علی الأخیر: ینصرف الی المتعارف (۳). و إذا تعدی وقف علی إجازته (۴).

و قیل: یکون الزائد فی ذمته (۵) یتبع به بعد العتق. و کذا

و لم یلزم المولی حینئذ، و أنها رضیت بکونه فی ذمة العبد. و فیهما منع ظاهر».

(۱) قد عرفت أن عدم قدرة العبد علی الأداء قرینة عرفیة علی إرادة تعهد المولی بالدفع من إجازته العقد السابق.

(۲) الصورتان المذکورتان غیر داخلتین فی محل الکلام، إذ لا ریب فی أن مقتضی الإجازة صحة تعیین المملوک.

(۳) قـد تکرر بیـان أن التعـارف لاـ یوجب الانصـراف المعتـد به، و لو أوجب ذلک لزم تأسـیس فقه جدیـد. لکن بناء الفقهاء فی باب التوکیل فی البیع و الشراء و الإجارة و أمثالها. علی الانصراف الی المتعارف، و تقیید الإطلاق به، فاذا تعدی الوکیل کان العقد فضولیا، و لاـ یصـح إلا بإجازة المالک. و وجهه: أن الوکیل یجب علیه ملاحظـة مصـلحة الموکل، فالتعـدی عن مهر المثل خلاف مصـلحته. و کأنه فی المقام کذلک. و علیه فلا بد من ملاحظة مصـلحة المالک فی تصـرف العبد، و التجاوز عن مهر المثل خلاف مصـلحته. و إذا کان المهر فی ذمة العبد یتبع به بعد العتق، و قد أذن له المولی، فلا بأس لو تجاوز المهر مهر المثل، لأنه لا یرتبط بمصلحة المولی.

(۴) راجع الی الصورة الأولی و الأخیرة، التی یمکن فرض التعدی فیهما.

(۵) کما لعله المشهور، و المصرح به فی الشرائع و القواعد. و فی المسالک:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۰۰

الحال بالنسبة إلی شـخص الزوجة، فإنه إن لم یعین ینصـرف إلی اللائق بحال العبد من حیث الشـرف و الضـعة (۱). فإن تعدی وقف علی إجازته.

[(مسألة ۴): مهر الأمة المزوجة للمولی]

(مسألة ۴): مهر الأمة المزوجة للمولی (۲)، سواء

ان الفرق بینه و بین الشراء بأکثر من ثمن المثل- حیث یبطل البیع من أصله إلا بإجازة المالک، بخلاف المقام-: أن النکاح لا یتوقف على المهر، و لا تلازم بینهما بخلاف البیع، فان الثمن شرط فی صحته. و یشکل: بأن ثبوت الزائد على العبد أیضا محتاج الى الاذن، فمع عدمه لا یصح تصرف العبد، و لا یثبت شیء فی ذمته. و لذا قال فی جامع المقاصد: «إن الأنسب بالقواعد ثبوت الخیار للمولى فی العقد أو الصداق».

(۱) قد عرفت الإشکال فی الانصراف إذا لم یرجع الى مصلحة المالک.

و حینئذ یتعین العمل بالإطلاق، کما ذکره بعض. إلا إذا کان اللائق بحال العبد هو اللائق بحال المالک، فإن التعدی عن ذلک خلاف مصلحة المالک حینئذ، فیحتاج إلى الإجازة.

(۲) بلا- خلاف، کما فی الریاض، و بلا- خلاف، و لا إشکال، کما فی الجواهر، و اتفاقاً، کما فی رسالة شیخنا الأعظم. لأنه عوض منافعها المستوفاة منها، فهو کأجرة الأمة المستأجرة. لکن عرفت أن باب النکاح لیس من قبیل المعاوضات، و المهر المذکور فی العقد لم یلحظ فیه عوضیة.

نعم المهر المستحق بالوطء لوحظ فیه ذلک. و کیف کان فالاتفاق المدعى کاف فی استحقاق المولى للمهر. مضافاً الى خبر أبی بصیر عن أحدهما (ع): «فی رجل یزوج مملوکة له من رجل حر على أربعمائة درهم، فعجل له مائتی درهم، و أخر عنه مائتی درهم، فدخل بها زوجها. ثمَّ إن سیدها باعها بعد من رجل، لمن تکن المائتان المؤخرة على الزوج؟ قال (ع):

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۱

کان هو المباشر، أو هی بإذنه، أو بإجازته. و نفقتها على الزوج، إلا إذا منعها مولاها (۱) عن التمکین لزوجها، أو اشتراط کونها علیه (۲) و للمولى استخدامها بما لا ینافی حق الزوج. و المشهور أن للمولى أن یستخدمها نهاراً و یخلی بینها و بین الزوج لیلا (۳).

إن کان الزوج دخل بها و هی معه، و لم یطلب السید منه بقیة المهر حتى باعها، فلا شیء له علیه، و لا لغیره. و إذا باعها السید فقد بانت من الزوج الحر، إذا کان یعرف هذا الأمر ..» «۱»

و اشتماله على ما لا یعمل بظاهره غیر قادح فی حجیته على المقام.

(۱) یعنی: منعاً تکوینیاً بأن حبسها، أو تشریعیاً و قد امتنعت بمنعه.

لکن فی الصورة الأولى لا موجب لسقوط النفقة، لأنها معذورة فی ترک التمکین، و معه لا تسقط النفقة. و کان الأولى استثناء صورة نشوزها، بدل ما ذکر.

(۲) یعنی: اشتراط کون أدائها علیه. أما إذا اشترط کون ثبوتها علیه ففیه إشکال، لأنه مخالف للکتاب، فقد جعل فیه ثبوتها على الزوج. قال تعالى (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «۲».

(۳) قال فی القواعد: «و للسید استخدام الأمة نهارا. و علیه تسلیمها الى زوجها لیلا». و فی جامع المقاصد: «لم یلزمه تسلیمها الى الزوج لیلا و نهاراً قطعاً. بل یستخدمها نهاراً و یسلمها الى الزوج لیلا، لأن السید یملک من أمته منفعة الاستخدام، و منفعة الاستمتاع، فاذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتیها، و بقیت المنفعة الأخرى یستحق استیفاؤها

---

(۱) الوسائل باب: ۸۷ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۲) البقرة: ۲۳۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۲

و لا- بأس به. بل یستفاد من بعض الأخبار (۱). و لو اشترطا غیر ذلک فهما على شرطهما (۲). و لو أراد زوجها أن یسافر بها هل له

ذلک من دون إذن السید؟ قد یقال: لیس له،

فی وقتها. و هو النهار، کما لو أجر الأمة ..». و نحوه فی کشف اللثام.

و لم ینقل فی ذلک خلاف، و لذلک نسبه فی المتن الی المشهور. و فیه:

أنه غیر ظاهر. و فی الجواهر- فی المسألة الرابعة، آخر مسائل تحلیل الأمة- قال: «إن المتجه علی أصول الإمامیة جریان حکم الزوجة علیها، فیجب تسلیمها حینئذ لیلا و نهاراً. نعم یجوز للسید الانتفاع بها فی کل منهما، ما لم یعارض حق الاستمتاع بها. و ملک السید لها لا یزید علی ملک الحرة نفسها، الذی قد انقطع بعقد التزویج الوارد علی ذلک. و المقتضی تسلیط الزوج علی زوجته فی جمیع الأزمنة و الأمکنة، فإن الرجال قَوّٰامُونَ عَلَی النِّسٰاءِ». و من ذلک یظهر لک الاشکال فیما ذکر فی المتن من قوله (ره):

«و لا بأس به».

(۱) و هو ما

رواه الراوندی فی محکی نوادره، بإسناده عن موسی ابن جعفر (ع) عن آبائه (ع): «ان علیاً (ع) قال: إذا تزوج الحر أمة، فإنها تخدم أهلها نهارا، و تأتی زوجها لیلا. و علیه النفقة إذا فعلوا ذلک» «۱».

لکن الخبر ضعیف لم یثبت جبره بعمل. و مورده الأمة المعدة للخدمة، و لعل إعدادها لذلک قرینة علی اشتراط عدم مزاحمة حقوق الزوج لها.

(۲) عملا بعموم نفوذ الشروط.

---

(۱) لم نعثر علیه بالسند المذکور فی کتب الحدیث، و إنما ذکره: باختلاف یسیر فی مستدرک الوسائل باب: ۵۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱، و رواه عن الجعفریات بسنده عن موسی قال: «حدثنا أبی عن أبیه عن جده جعفر بن محمد عن أبیه عن علی (ع) ..».

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۰۳

بخلاف ما إذا أراد السید أن یسافر بها فإنه یجوز له من دون إذن الزوج (۱). و الأقوی العکس، لأن السید إذا أذن بالتزویج فقد التزم بلوازم الزوجیة، و الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَی النِّسٰاءِ. و أما العبد المأذون فی التزویج فأمره بید مولاه (۲)، فلو منعه من الاستمتاع یجب علیه طاعته، إلا ما کان واجباً علیه من الوطء فی کل أربعة أشهر، و من حق القسم.

[(مسألة ۵): إذا أذن المولی للأمة فی التزویج و جعل المهر لها]

(مسألة ۵): إذا أذن المولی للأمة فی التزویج و جعل المهر لها صح علی الأقوی من ملکیة العبد و الأمة (۳)، و إن کان للمولی أن یتملک ما ملکاه (۴).

---

(۱) القائل العلامة فی القواعد. و علله فی جامع المقاصد: بأن السید مالک للرقبة، و إحدی المنفعتین. و لیس للزوج إلا المنفعة الأخری، فکان جانبه أقوی. و فی کشف اللثام: علله بسبق حقه، و تعلقه بالرقبة، و عدم منافاته لحق الزوج. انتهی. و الأخیر ممنوع. و ما قبله لا یقتضی الجواز.

(۲) لأنه لا یقدر علی شیء، و مخالفته لمولاه تصرف فی ملک الغیر بغیر إذنه.

(۳) تعرضنا لتحقیق ذلک فی أوائل کتاب الحج من هذا الشرح.

(۴) لعموم عـدم قـدرة العبد على شـیء، و عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» «۱»، فإن إخراج شـیء عن ملکه- کإدخال شـیء فی ملکه- داخل فی العموم المـذکور، بل مقتضاه جواز تملیک المالک مال العبد لشـخص ثالث، سواء کان فیه مصـلحة للعبد، أم مفسدة علیه، إذ لا

(۱) البحار الجزء: ۲ باب: ۳۳ ما یمکن أن یستنبط من الآیات و الاخبار من متفرقات مسائل أصول الفقه حدیث: ۷ الطبعة الحدیثة ص: ۲۷۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۴

بل الأقوى کونه مالکا لهما و لمالهما ملکیة طولیة (۱).

یعتبر فی عموم السـلطنة وجود مصـلحة للمملوک، کمـا هو ظـاهر. و عن المختلف: «لو ملک (یعنی: العبـد) لما جاز المولى أخـذه منه قهراً.

و الثانی باطل إجماعاً». و هو شامل لما نحن فیه.

(۱) هـذا لم یعرف قولا لأحـد منا، فإن الأقوال المحکیـة فی المسألـة- على کثرتها- لیس هذا منها، فقد حکاها جماعة، و منهم الشـیخ الکبیر (قـده) فی شـرح القواعـد، و لم یـذکر هذا القول منها. قال (ره)- بعد الاسـتدلال على عدم الملکیة مطلقاً-: «فلا وجه للقول بأنه یملـک مطلقاً. فنسب إلى الأکثر فی روایـة، و الى ظاهر الأکثر فی أخرى. أو یملک فاضل الضـریبة فقط، أو أرش الجنایـة کـذلک. و نسـبا الى الشـیخ و أتبـاعه. أو مـا ملکه مولاه. و ربمـا عـد منه فاضل الضـریبة. أو ما أذن له فی ملکه. أو المرکب منهما، على اختلاف أقسامه. أو یملک ملکا غیر تام. أو التصرف خاصة».

و کأن وجه هذا القول: الأخبار الصحیحة- کما قیل- الدالة على أن العبد و ماله لمولاه. و منها

صحیـح محمـد بن قیس عن أبی جعفر (ع): «أنه قال فی المملوک: ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا یجوز له تحریر، و لا کثیر عطاء، و لا وصیة، إلا أن یشاء سیده» «۱».

و تقریب الاسـتدلال بهـا: أنه لمـا امتنع اجتماع ملکیتین مسـتقلتین على مملوک واحـد، یـدور الأمر بین التصـرف فی إضافـة المال الى العبـد، بحملها على غیر الملکیـة الحقیقیة، لأنه یکفی فی الإضافة على نحو المجاز أدنى ملابسة، و التصـرف فی إضافتها إلى المالک، بحملهـا على جواز التصـرف فیه، و بین التصـرف فی موضوع ملکیـة المولى، فیجعـل موضوعها المال المضاف الى العبـد، حتى تکون ملکیة المولى قائمة بغیر ما تقوم به ملکیة العبد، فإن ملکیة العبد قائمة بذات

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب الوصایا حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۵

[(مسألة ۶): لو کان العبد أو الأمة لمالکین أو أکثر]

(مسألة ۶): لو کـان العبـد أو الأمـة لمالکین أو أکثر توقف صـحة النکاح على إذن الجمیع أو إجازتهم (۱). و لو کانا مبعضـین توقف على إذنهما و إذن المالک (۲). و لیس له إجبارهما حینئذ (۳).

المال، و ملکیـة المولى قائمـة بالمال المضاف الیه، فتکون ملکیـة المولى فی طول ملکیـة العبد، لأن موضوعها متأخر رتبة عن موضوع

ملکیـة العبد، فلا تکون من اجتماع الملکیتین فی موضوع واحد، بل هما فی موضوعین مترتبین. و فیه: أن هذا المعنی بعید عن الأذواق العرفیـة. فیتعین أحد التصـرفین الأولین. و إذا دار الأمر بین التصـرف فی الصدر، و التصـرف فی الذیل، یتعین الثانی، لأن الأول یقع فی موقعه من الـذهن، فیحمـل الثـانی علیه، لا ـ العکس. مضافاً الی أن الظاهر تضاد الملکیتین و لو کانتا طولیتین. و اختلاف الرتبـة لا یرفع التضاد بینهما، و لا یسوغ اجتماعهما.

و ملکیة اللّه سبحانه للعباد و ما هو لهم لیس من باب اجتماع الملکیتین الطولیتین، فإن ملکیة اللّه تعالی قائمة بذات مال العبد، لا بما هو مضاف، بل من باب اجتماع ملکیتین من سـنخین، فان سـنخ ملکیة اللّه تعالی غیر سنخ ملکیة العبد، و الإضافة القائمة بین المال و العباد غیر الإضافة القائمة بین المال و خالقه- جل شأنه، و تقدست أسـماؤه- نظیر اختلاف الإضافتین فی مثل قولنا: «السرج للدابة» و «السرج لزید». فلاحظ و تأمل.

(۱) علی ما عرفت فی المالک المتحد، فإنه لا فرق بین اتحاد المالک و تعدده، بلا إشکال و لا خلاف.

(۲) أما التوقف علی ذلک: فلقاعدة السلطنة. و أما الصحة حینئذ:

فلما عرفت سابقاً، لعدم الفرق بین الفروض.

(۳) إذ لا دلیل علی ذلک و لا سلطنة للمالک علیهما، بعد أن کان

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۰۶

[(مسألة ۷): إذا اشترت العبد زوجته بطل النکاح]

(مسألة ۷): إذا اشترت العبد زوجته بطل النکاح (۱) و تستحق المهر إن کان ذلک بعد الدخول (۲). و أما إن کان قبله ففی سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه، وجوه مبنیة علی أنه بطلان أو انفساخ (۳). ثمَّ هل یجری علیها حکم

بعضهما خارجاً عن ملکه.

(۱) لأنه إذا ملک أحد الزوجین صاحبه استقر الملک و بطل النکاح، إجماعاً بقسمیه، کما فی الجواهر. و یشهد له النصوص، منها خبر سـعید ابن یسـار قال: «سألت أبا عبـد اللّه (ع): عن امرأة حرة تکون تحت المملوک فتشتریه، هل یبطل نکاحه؟ قال (ع): نعم. لأنه عبد مملوک لَا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ» «۱»

. و نحوه صحیح عبد اللّه بن سنان

، و مصحح محمد بن قیس

«۲»، و غیرهما.

(۲) بلا خلاف ظاهر. لأن الدخول سبب الاستحقاق، فلا یزول ببطلان العقد الطارئ، لأن البطلان الطارئ لا یرفع الاستحقاق السابق.

نعم لو کان البطلان من أول الأمر کان مقتضاه الرجوع الی مهر المثل، لا المسمی.

(۳) لا یظهر الفرق عرفاً بین البطلان و الانفساخ، فإنهما واحد.

و کـأن مراده من البطلـان: البطلـان من أول الـأمر، و من الانفساخ: الانفساخ من حین السـبب الطارئ. لکن لم یـذکر فی کلماتهم فی مبنی المسألة ذلک.

و إنما المـذکور فی المسألـة احتمالان: التنصـیف، و سـقوط المهر، کما سـیأتی فی عبارة القواعـد. و مبناهما إلحاق المقام بالخلع، لأن الفسخ حصل من

---

(۱) الوسائل باب: ۴۹ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴۹ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱، ۳. لكن مورد الحديثين الملك بالإرث لا بالشراء.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۷

.....

الزوجين، كباب الخلع قبل الدخول. أو من الزوجة فقط، كما لو أسلمت مع كفره، أو ارتدت مع إسلامه، قبل الدخول، فإنها لا تستحق من المهر شيئاً. نعم إذا ملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول احتمل التنصيف، و تمام المهر. قال في جامع المقاصد في الفرض الأول: «ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان». ثمَّ ذكر أن وجه الأول: أن الفراق حصل بصنع الزوجين. و وجه الثاني: أن الفراق حصل بالزوجة و السيد، لا اختيار للزوج فيها. و نحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الأولى أول مبحث نكاح الإماء. ثمَّ قال في جامع المقاصد: «و لو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضا» و وجه الأول: أن الفراق كان بفعل الزوجين. و وجه الثاني:

أن الفراق كان بفعل الزوج لا غير. ثمَّ قال: «لكن المتجه هنا وجوب الجميع، و قد سبق نظائره في الرضاع، و تجدد الإسلام». و الذي يتحصل من كلامه: أن الفراق إن كان بفعل الزوجين تعين التنصيف، و إن كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر، و إن كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر.

قال في القواعد: «و إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال. و لا مهر إن كان من المرأة، و إلا فالنصف. و يحتمل الجميع إن كان عن فطرة». و في كشف اللثام: جعل الاحتمال الأخير قوياً، إلحاقاً للارتداد بالموت، الموجب لثبوت تمام المهر. و في جامع المقاصد في شرح ذلك قال: «و قيده المصنف (ره) بما إذا كان الارتداد عن فطرة. و لا وجه له، لأنه قد سبق في غير موضع من كلام المصنف (ره) احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الرجل، أو لا من قبل واحد من الزوجين، لان المهر يجب جميعه بالعقد على أصح الأقوال، و لم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق. إذ الحمل

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۰۸

.....

عليه قياس ..» و في رسالة شيخنا الأعظم (ره) فيما لو أسلمت قبل الدخول: أنه لا مهر لها، لأن الحدث جاء من قبلها. و فيما لو أسلم أحد الحربيين: أن عليه نصف المهر، إن كان الإسلام منه. و قيل: عليه جميع المهر، لثبوته بالعقد، و لا دليل على سقوطه. و إلحاقه بالطلاق قياس، و إلا يكن الإسلام منه بل كان الإسلام منها فلا شيء، لما تقدم. انتهى.

لكن مقتضى التعليل المذكور وجوب الجميع حتى لو كان الفسخ من الزوجة.

فما الذي أوجب الفرق بين الفسخ من الزوجة، فلا يحتمل فيه التمام- كما في فرض المسألة المذكورة في المتن- و الفسخ من الزوج، فيكون المتجه فيه التمام.

و كيف كان فالمتحصل مما ذكرنا: أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التمام، كالموت بناء على المشهور. و التنصيف، كالطلاق. أو السقوط، كالفسخ من أحد الزوجين بعيب في صاحبه، زوجاً كان الفاسخ أو زوجة، إلا في العنن، ففيه التنصيف، للدليل.

و الذي يقتضيه الذوق العرفي: أن الفراق إن كان لقصور في موضوع العقد، لموت، أو ارتداد، أو رضاع موجب لكون الزوجة من المحارم، أو نحو ذلك، لزم جميع المهر. لعدم خلل في العقد، بل الخلل في موضوعه، فهو باق في موضوعه الحقيقي، الذي ارتفع بطر

و الطارئ، فالطارئ انما یرفع موضوع العقد، و لا یرفع نفس العقد، نظیر ما لو باعه أو وهبه طعاماً، فأکله، فإن الأکل لا یبطل البیع و لا الهبة و کذا موت أحد الزوجین لا یبطل النکاح. و لذلک کان الأصل فیه بقاء تمام المهر- کما هو المشهور- و إن کان التحقیق هو التنصیف، کالطلاق. لکنه للدلیل، لا لأنه مقتضی الأصل. فإنه إذا کان العقد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۰۹

الطلاق قبل الدخول أو لا؟ و علی السقوط کلًا إذا اشترته بالمهر الذی کان لها فی ذمة السید بطل الشراء، للزوم خلو البیع عن العوض (۱). نعم لا بأس به إذا کان الشراء بعد

باقیاً فی موضوعه کان المهر باقیاً أیضاً. و علی هذا یتعین تمام المهر فی جمیع الصور المذکورة، کما یتعین العمل بالشروط التی تضمنها العقد.

فاذا ماتت الزوجة و قد اشترطت علی زوجها فی عقد النکاح أن یسرج فی المسجد عشرین سنة، وجب علی الزوج الإسراج المدة المذکورة.

و کذا الکلام فی الشروط فی عقد النکاح إذا ارتدت الزوجة، أو أسلمت، أو حرمت علی زوجها برضاع، فإنها لا تبطل بذلک، و إن خرجت الزوجة عن الزوجیة.

و إذا کان الفراق بالفسخ الاختیاری بطل تمام المهر، لأن المهر قائم بالعقد، و قد ارتفع و انحل. و کذا الشروط القائمة بالعقد، فإنها تبطل، و لا یجب العمل بها. و لا فرق بین أن یکون المباشر للفسخ الزوج، و الزوجة، کما هو الحکم فی فسخ أحد الزوجین بعیب فی الآخر قبل الدخول، إلا فی العنن، ففیه التنصیف، للدلیل. کما لا فرق فی الفرض الأول بین أن یکون السبب الطارئ باختیار الزوج، أو الزوجة، و أن یکون باختیارهما معاً، و أن لا یکون باختیار أحدهما. و أما الطلاق بأنواعه فمما لا یرتبط بالعقد، و لا بموضوعه، و إنما یحدث أثراً مضاداً لأثر العقد، فلا مجال لإلحاق المقام به. و علی ما ذکرنا یشکل الحکم فیما ذکروه هنا، و فی باب إسلام أحد الزوجین، و فی باب الرضاع المحرم.

(۱) قال فی القواعد: «و لو اشترته زوجته أو اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذی ضمنه السید، أو جمیعه. فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجمیع، حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحکم

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱۰

.....

الفسخ یقتضی عراء البیع عن العوض». قال فی جامع المقاصد فی بیان ذلک:

«انه إذا صح البیع دخل فی ملکها، و انفسخ النکاح، فیسقط المهر، لأنه المقدر. فیبقی البیع بغیر عوض یقابله، فینفسخ، لامتناع صحة البیع بدون ثمن. فصحة البیع تستلزم بطلانه. و ذلک دور عند الفقهاء. و بطلانه ظاهر. لأن کلما یفضی صحته الی بطلانه یجب الحکم ببطلانه». و فی حاشیة بعض الأعاظم: «أجیب عنه: بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد، و فی رتبة الشراء یکون المهر ثابتاً، و هو کاف فی صحة الشراء، فلا یلزم خلو البیع من العوض». و یشکل: بأن سقوط المهر فی الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء فی الرتبة اللاحقة، و یلزم المحذور. و هکذا کل ما یلزم من وجوده عدمه الذی قیل إنه محال، فإنما یلزم من وجوده فی رتبة عدمه فی الرتبة اللاحقة.

نعم یمکن أن یقال: إن البناء علی عدم صحة الشراء من جهة لزوم المحذور المذکور راجع الی تخصیص ما دل علی صحة الشراء، بإخراج المورد عنه. و حینئذ یدور الأمر بین التخصیص المذکور، و بین تخصیص ما دل علی أن الشراء یبطل النکاح، و بین تخصیص

ما دل على أن النكاح إذا بطل بطل المهر. فإنه لو بنى على عدم التخصيص للعمومات المذكورة، و على الأخذ بها، لزم المحذور. و التخلص منه كما يكون بالبناء على عدم صحة الشراء، يكون بالبناء على صحة الشراء و عدم بطلان النكاح به، و يكون أيضا بالبناء على صحة الشراء و بطلان النكاح به و عدم سقوط المهر.

و لأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها، يتعين سقوط الأخير عن الحجية. للعلم الإجمالى إما بالتخصيص أو التخصص. و لا وجه للبناء على التخصيص الأول، فإنه خلاف أصالة العموم. فالفتوى بصحة الشراء و بطلان النكاح و عدم سقوط المهر أولى من البناء على عدم صحة الشراء،

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۱۱

الدخول، لاستقرار المهر حينئذ. و عن العلامة فى القواعد (۱):

البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمة العبد و إن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض. و هو مبنى على عدم صحة ملكية المولى فى ذمة العبد (۲). و يمكن منع عدم الصحة (۳). مع أنه لا يجتمع

و أوفق بقواعد العمل بالأدلة. مضافا الى أن الاشكال إنما يتم لو كان الشراء بالمهر بما أنه مهر. أما إذا كان بعنوانه الذاتى، فالسقوط يقتضى ضمانه على الزوجة لتصرفها فيه، و لا يقتضى بطلان البيع. كما لو اشترت به شيئاً آخر ثمَّ فسخ النكاح، فإنه يرجع عليها ببدل الصداق. و قد تنبه لذلك فى جامع المقاصد. و لكن لم يكتف به في الجواب، لأن التقدم اعتبارى، لا زمانى، بخلاف المثال المذكور. و الفرق بين التقدم الزماني و الاعتبارى غير ظاهر.

(۱) قال (ره): «و لو اشترته به بعد الدخول صح. و لو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر فى ذمة العبد، فاشترته به، بطل العقد، لان تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض».

(۲) إذ لو قلنا بجواز ملك السيد ما فى ذمه عبده، لا يكون تملك السيد للعبد موجباً لبراءة ذمة العبد، فلا يلزم المحذور.

(۳) فى جامع المقاصد: «لامتناع أن يستحق المولى فى ذمة مملوكه مالا، لأنه و ذمته ملك له، فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا؟!».

و نحوه فى كشف اللثام. و قد استشكل فى ذلك المصنف (ره)، لعدم وضوح وجه المنع، و لا سيما بملاحظة أنه لو أتلف مال المولى كان ضامناً.

و دعوى: أن ذلك للضرورة، حذراً من ضياع الأموال. كما ترى، فإن الضرورة لا تجعل الممتنع ممكناً.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۱۲

ملكيتها له و لما فى ذمته (۱)، بل ينتقل ما فى ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

[(مسألة ۸): الولد بين المملوكين رق]

(مسألة ۸): الولد بين المملوكين رق (۲)، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة، أو عن زنا منهما، أو من أحدهما، بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما. و أما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (۳)

---

(۱) لأن المعاوضة تقتضى انتقال كل من العوضين الى ملك مالك الآخر، فكما أن العبد انتقل إلى الزوجة من مالكه، كذلك ينتقل المهر منها الى مالكه، فلا يجتمع المهر و العبد فى ملكية مالك واحد، و إلا لزم الجمع بين العوض و المعوض، و هو خلف.

(۲) بلا خلاف و لا إشكال. و فى كشف اللثام: دعوى الاتفاق عليه، لأنه نماء المملوك، و النماء تابع للأصل. و لو بنى على الإشكال

فی ذلک کان مقتضی الأصل الحریة. و لا فرق فیما ذکرنا بین الصور المذکورة فی المتن.

(۳) علی المشهور شهرة عظیمة. و یشهد له جملة من النصوص، منها

صحیح جمیل بن دراج قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع): عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد. قال (ع): یلحق الولد بأبیه. قلت: فعبد تزوج حرة. قال (ع): یلحق الولد بأمه» «۱»

، و

خبره: «سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار. و إذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار» «۲»

، و

خبره الآخر قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع)

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۶.

.....

عن الحر یتزوج الأمة، أو عبد یتزوج حرة. قال: فقال لی: لیس یسترق الولد إذا کان أحد أبویه حراً، إنه یلحق بالحر منهما، أیهما کان أباً أو أماً» «۱»

، و

مصحح عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه (ع): «فی العبد تکون تحته الحرة. قال (ع): ولده أحرار. فإن أعتق المملوک لحق بأبیه» «۲».

و نحوها غیرها.

و عن ابن الجنید: الإلحاق بالأم، کانت أمة أو حرة. و یشهد له جملة من النصوص،

کصحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل زوج أمته من رجل، و شرط علیه أن ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها، فزوجها من رجل آخر، ما منزلة ولدها؟ قال:

منزلتها، ما جعل ذلک إلا للأول، و هو فی الآخر بالخیار، إن شاء أعتق، و إن شاء أمسک» «۳»

، و

خبر الحسن بن زیاد: «قلت له أمة کان مولاها یقع علیها، ثمَّ بدا له فزوجها، ما منزلة ولدها؟ قال (ع) بمنزلتها، إلا أن یشترط زوجها» «۴»

، و

صحیح عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل زوج جاریته رجلا، و اشترط علیه أن کل ولد تلده فهو حر، فطلقها زوجها، ثمَّ تزوجت آخر، فولدت. فقال (ع):

إن شاء أعتق، و إن شاء لم یعتق» «۵».

و نحوها غیرها. لکنها لمخالفتها للأصحاب عداه لا مجال للأخذ بها، و لا سیما فی مقابل ما تقدم، فیتعین طرحها أو حملها علی التقیة.

ثمَّ إنه ربما تقدم فی المسألة الثانیة من فصل

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱۳.

(۴) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱۲.

(۵) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۱۴

إذا كان عن عقد صحيح (۱)، أو شبهة مع العقد أو مجردة (۲) حتى فيما لو دلست الأمة نفسها (۳) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى، و إن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد الى مولاها. و أما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحر منهما، فالولد رق (۴).

ما يحرم بالمصاهرة ما ظاهره لمنافاة لما هنا، و تقدم الكلام في ذلک.

(۱) كما هو مورد أكثر النصوص.

(۲) إجماعا ظاهراً. و يقتضيه إطلاق قوله (ع)

في خبر جميل: «ليس يسترق الولد إذا كان ..»

، فإنه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة.

و مورده و إن كان التزويج، لكن المورد لا يخصص الوارد.

(۳) سيأتي الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة.

(۴) الظاهر أنه لا إشكال فيه. و يقتضيه أن الحر إذا كان زانياً، أو عالماً بفساد العقد، كان ذلک مانعاً من انتساب الولد اليه، فيتعين انتسابه الى الآخر. بل هو واضح إذا كان الحر هو الزوج، فان لحوق الولد بالأم حينئذ في محله. أما إذا كان الحر الزوجة فالتحاقه بالأب دون الأم مبني على إهمال قاعدة تبعية الولد لأمه. و قد عرفت أنه محل تأمل. نعم قد يدل عليه

خبر العلاء بن رزين: «في رجل دبر غلاما له فأبق الغلام فمضى الى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد و كسب مالا و مات مولاه الذي دبره .. فقال (ع) العبد و ولده لورثة الميت» «۱».

لكن مورده صورة جهل الحر و علم العبد، عكس مفروض المسألة، و قد عرفت أن الحكم فيه اللحوق بالحر. فلا بد من تأويل الخبر، و إلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالأولوية. نعم يدل على الحكم في صورة زنا الزوج

---

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۱۵

ثمَّ إذا كان المملوكان لمالک واحد فالولد له (۱). و إن كان كل منهما لمالک فالولد بين المالكين بالسوية (۲)، إلا إذا اشترط التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (۳). هذا إذا كان العقد

مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «في رجل أقر على نفسه بأنه غصب جارية رجل، فولدت الجارية من الغاصب، قال (ع):

ترد الجارية و الولد على المغصوب إذا أقر بذلک الغاصب» «۱».

(۱) بلا ریب، لأنه نماء ملکه أیا منهما کان. و یشهد به روایة أبی هارون المکفوف

«۲». (۲) علی المشهور بین الأصحاب، بل کافتهم، عدا أبی الصلاح، فذهب إلی أنه یتبع الأم کغیره من الحیوانات. و فی المسالک: «فرقوا بینهما بأن النسب مقصود فی الآدمیین، و هو تابع لهما. بخلاف غیره من الحیوانات، فان النسب فیه غیر معتبر، و النمو و التبعیة فیه لاحق بالأم خاصة. و فی الفرق خفاء، إن لم یکن هناک إجماع». و نحوه فی الریاض.

و فی کشف اللثام: «الفرق ضعیف». و فی الحدائق: أنه مشکل. و فی جامع المقاصد: أن الفرق- وراء النص و الإجماع- ثبوت النسب المقتضی للتبعیة. انتهی. و کأنه یشیر بالنص الی ما ورد فی تزویج العبد حرة، و بالعکس، المتضمن أنه یلحق بالحر منهما. و فی الجواهر: أن هذه النصوص تومئ الی ذلک. و لکنه غیر ظاهر فإن جهة الحریة غیر جهة المالکیة و المملوکیة، و من الجائز غلبة الجهة الأولی علی الثانیة. فما ذکره أبو الصلاح أوفق بالقواعد، لو لا أن خلافه مظنة الإجماع.

(۳) کما نص علی ذلک فی الشرائع، و القواعد. و فی الجواهر: «بلا

---

(۱) الوسائل باب: ۶۱ من أبواب نکاح العبید و الإماء ملحق حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۴۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱۶

بإذن المالکین أو مع عدم الاذن من واحد منهما (۱). و أما إذا کان بالاذن من أحدهما فالظاهر أنه کذلک. و لکن المشهور

خلاف أجده. لعموم:

المؤمنون عند شروطهم» «۱».

بناء علی صحة شرط النتیجة فی مثله، کما ذکروا ذلک فی کتاب الشرکة.

(۱) فی المسالک: «ظاهرهم الاتفاق علیه». و فی الجواهر: «بلا خلاف و لا إشکال فی الصورتین» بناء علی عدم المزیة لأحدهما، الموجبة لترجیح الإلحاق به علی الإلحاق بالآخر. خلافا لأبی الصلاح، کما تقدم.

نعم یشکل: بأنه مع الزنا بالأمة یلحق الولد بالأم عندهم، و العقد بلا إذن بمنزلة العدم، فالنکاح معه یکون من الزنا. و لأجل ذلک خص بعض الحکم بالتشریک فی المقام بصورة الجهل، لئلا یکون من الزنا. و فی الجواهر دفعه بأن مقتضی النصوص الواردة فی نکاح الأمة من غیر إذن مولاها المتضمنة إلحاق الولد بها، و النصوص الواردة فی نکاح العبد من غیر إذن مولاه المتضمنة إلحاق الولد به: هو أن عدم الاذن موجب للإلحاق، و فی المقام حاصل فی الأبوین معا، فیلحق الولد بهما معاً. لکن ما ذکر لا یخلو من خفاء، لاختلاف المورد. مع أنک عرفت الإشکال فی خبر العلاء ابن رزین الدال علی رقیة ولد العبد المتزوج بلا إذن. و سیجیء أیضا الإشکال فی نصوص الأمة المتزوجة بغیر إذن مولاها، و الخلاف فی ذلک، و اختیار المصنف و الجواهر حریة الولد، خلافاً لما نسب الی المشهور. و لأجل ذلک یکون تخصیص الحکم المذکور بصورة جهلهما، و إلحاق صورة علمها بالزنا فی الإلحاق بالأم- عملا بقاعدة تبعیة النماء للام- أولی، لو لم یکن إجماع علی خلافه.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱۷

أن الولد حینئذ لمن لم یأذن (۱). و یمکن أن یکون مرادهم فی صورة إطلاق الاذن (۲)، بحیث یستفاد منه إسقاط حق نمائیة الولد حیث ان مقتضی الإطلاق جواز التزویج بالحر أو الحرة، و إلا فلا وجه له (۳). و کذا لو کان الوطء شبهة (۴) منهما سواء کان مع

العقد أو شبهة مجردة، فان الولد مشترک. و أما لو کان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف فی أن الولد لمالک الأمة (۵)، سواء کان من طرفها شبهة أو زنا.

---

(۱) و فی المسالک: «ظاهرهم الاتفاق علیه .. الی أن قال: عللوه بأن الآذن لمملوکه فی التزویج مطلقاً مقدم علی فوات الولد منه، لأنه قد یتزوج من لیس برق، فینعقد الولد حراً. بخلاف من لم یأذن، فیکون الولد له خاصة».

(۲) قد عرفت تعلیلهم له بذلک. لکنه علیل، لأن إلحاق الولد بالمملوک حکم شرعی، لا یقبل الاسقاط، فضلا عن السقوط بالاقدام علی خلافه، و لا مکان فرض اختصاص الاذن بتزویج المملوک، مع أن الحکم عندهم فیه کذلک.

(۳) ذکر فی الجواهر: أن الوجه فیه النصوص الواردة فی تزویج العبد غیر المأذون، و الواردة فی تزویج الأمة غیر المأذونة، المتضمنة تبعیة الولد لغیر المأذون، المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونیة الإلحاق، کما تقدم منه نظیره فی غیر المأذونین. لکن عرفت إجمالا الإشکال فی النصوص المذکورة. و سیأتی الکلام فیها فی المسألة الثانیة عشرة، و الثالثة عشرة.

(۴) لما تقدم فی غیر المأذونین.

(۵) و فی الجواهر: «من غیر خلاف، و لا إشکال». و فی المسالک:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱۸

[(مسألة ۹): إذا کان أحد الأبوین حراً فالولد حر]

(مسألة ۹): إذا کان أحد الأبوین حراً فالولد حر (۱) لا یصح اشتراط رقیته علی الأقوی (۲) فی ضمن

«ظاهرهم الاتفاق علیه». و قد یدل علیه مرسل جمیل المتقدم.

(۱) کما تقدم. و تقدم الخلاف فیه من الإسکافی.

(۲) کما فی المسالک، و غیرها. و المشهور بین الأصحاب- کما فی المسالک-: القول بالصحة. و فی الشرائع: نسبه الی قول مشهور. و ظاهره التردد فیه. و صرح بالتردد فی المختصر النافع. و فی الجواهر: «لم أجد فیه ترددا- فضلا عن الخلاف- قبل المصنف». و وجه المشهور عمومات نفوذ الشرط، و

روایة أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: لو أن رجلا دبر جاریة، ثمَّ زوجها من رجل فوطئها، کانت جاریته و ولدها مدبرین. کما لو أن رجلا أتی قوما فتزوج إلیهم مملوکتهم کان ما ولد لهم ممالیک» «۱»

، بناء علی حملها علی صورة شرط الرقیة- کما عن الشیخ (ره)- جمعاً بینها و بین ما دل علی حریة المتولد بین الحر و المملوک، کما سبق. لکن الروایة- مع أنها غیر واضحة السند، لأن فی سندها أبا سعید، و هو مشترک بین الثقة و الضعیف- غیر واضحة الدلالة. و الحمل علی إرادة صورة شرط الرقیة فی مقام الجمع بینها و بین معارضها، لا یقتضی حجیتها فیه، کما لعله ظاهر. و أما عمومات نفوذ الشرط- مثل

قوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» «۲»

- فمقیدة بما دل علی بطلان الشرط المخالف للکتاب، و المحقق فی محله أن المراد به شرط حکم علی خلاف المقتضی الشرعی، و ظاهر نصوص حریة المتولد بین الحر و المملوک

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱۰.

(۲) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴، مستدرک الوسائل باب: ۵ من أبواب الخیار حدیث: ۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۱۹

عقد التزویج، فضلا عن عقد خارج لازم. و لا یضر بالعقد (۱) إذا کان فی ضمن عقد خارج. و أما إن کان فی ضمن عقد التزویج فمبنی علی فساد العقد بفساد الشرط و عدمه. و الأقوی

- مثل: «لیس یسترق ولد حر»- ان الانتساب الی الحر مقتض للحریة.

فشرط الرقیة یکون مخالفاً للمقتضی الشرعی، فلا یصح.

و دعوی: أن الشرط راجع الی رفع ید الحر عن مقتضی ما أثبته العقد له من الشرکة فی الولد، فیختص الآخر بالنماء، فیتبعه فی الملک، فالرقیة تکون بالتبعیة للمملوک، لا بالشرط. و لیس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غیر. مندفعة: بأن رفع ید الحر عن المتولد خلاف الحکم الاقتضائی أیضا فیرجع الاشکال. و لا تنفع الدعوی فی حله، و إن ذکرها فی الجواهر.

و مثلها استدلاله للمشهور بالروایات الدالة علی رقیة ولد الأمة إذا کان زوجها حراً، فإن إطلاقها شامل لصورتی الشرط و عدمه، فیعمل بها فی صورة الشرط، لعمل الأصحاب بها حینئذ. و فیه: أن النصوص المذکورة- و منها خبر أبی بصیر المتقدم- ظاهرة فی الرقیة بالتبعیة، فالبناء علی الرقیة بالشرط لیس عملا بتلک النصوص. و مثلهما فی الاشکال مقایسته شرط الرقیة بشرط الحریة، مع ما بینهما من البون البعید، فإنه لم یرد فی الرقیة: لا یتحرر الرق، کما ورد فی الحریة: لا یسترق الحر. و لذا جاز شرط الحریة، و لم یجز شرط الرقیة، و إن کانا من شرط النتیجة، لإمکان صحته فی بعض الموارد، کما لا یخفی.

(۱) یعنی: عقد التزویج. أما نفس العقد الخارج الذی کان فی ضمنه الشرط فبطلانه مبنی علی فساد العقد بفساد الشرط، کعقد التزویج إذا کان فی ضمنه الشرط المذکور.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲۰

عدمه (۱). و یحتمل للفساد و إن لم نقل به فی سائر العقود إذا کان من له الشرط جاهلًا بفساده، لأن فی سائر العقود یمکن جبر تخلف شرطه بالخیار، بخلاف المقام حیث انه لا یجری خیار الاشتراط فی النکاح (۲). نعم مع العلم بالفساد

---

(۱) لأن الشرط فی ضمن العقد من قبیل الإنشاء فی ضمن الإنشاء، علی نحو تعدد المطلوب، فلا یکون فساده موجباً لفساده. و إن حکی ذلک عن أکثر المتأخرین.

(۲) لأن خیار الاشتراط- سواء کان حکماً تعبدیاً، دل علی ثبوته الإجماع، کما یظهر من شیخنا الأعظم، أم حکماً عرفیاً للاشتراط، دل علی إمضائه الإجماع و عدم الردع عنه، أم خیاراً جعلیاً للمتعاقدین من لوازم الاشتراط، دل علی لزومه عمومات نفوذ الشروط- لا یجری فی النکاح إجماعاً، و لعدم تمامیة الإجماع علی ثبوته، و لمثل

صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «أنه قال فی الرجل یتزوج الی قوم فإذا امرأته عوراء و لم یبینوا له. قال (ع): لا ترد. و قال: إنما یرد النکاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» «۱»

، بناء علی أن خیار العیب من قبیل خیار الاشتراط، لأن الصحة شرط فی موضوع النکاح، کما هی شرط فی المبیع، فاذا دل الدلیل علی عدم الخیار فی غیر الموارد المذکورة، فقد دل علی نفی خیار الاشتراط فیه. نعم مورد هذه النصوص شرط الصحة دون غیره من الشروط، فیحتاج فی التعمیم لبقیة الشروط الی دعوی الإجماع علی عدم الفصل، أو إلغاء خصوصیة المورد. و ربما یأتی تمام الکلام فی المقام فی فصل مسائل متفرقة. فانتظر.

ثمَّ إن عدم ثبوت خیار الشرط فی النکاح لا یستوجب فساده بفساد

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲۱

لا فرق، إذ لا خيار فی سائر العقود أيضا (۱).

الشرط، لأن ذلک يتوقف علی کون الإنشاء بنحو وحدة المطلوب. و هو کما تری، ضرورة عدم الفرق بين النکاح و غيره فی کيفية إنشائه مشروطا، فاذا کان غيره علی نحو تعدد المطلوب کان هو کذلک. فيتعين البناء علی الصحة من دون خيار. و لعل الوجه المميز بينه و بين غيره من العقود المالية: أن الملحوظ فيه الجهات الأدبية، و تخلف الشرط لا يقدح فيها، و لذلک لا يرد بالعيوب مهما کانت غير العيوب المخصوصة. فلاحظ.

کما أن عدم ثبوت خيار الاشتراط فی النکاح ليس علی کليته، فقد ذکر فی القواعد: أنه لو شرط أحد الزوجين علی الآخر نسباً فظهر من غيره کان له الفسخ، لمخالفة الشرط، و کذا لو شرط بياضاً، أو سواداً، أو جمالا. انتهی. و وافقه عليه فی الجواهر، و غيرها. لکنه إن تمَّ فهو لدليل خاص ذکره فی الجواهر، و إن کان الاشکال عليه ظاهراً، إذ لا دليل يقتضی العموم. نعم ورد فی صحيح محمد بن مسلم: الخيار فيمن تزوجت مملوکاً علی أنه حر فتبين أنه رق

«۱»، و فی صحيح الحلبی:

ثبوته فيمن تزوجت رجلا علی أنه من بنی فلان فتبين أنه من غيرهم

«۲». و لکن التعدی عن موردهما إلی قاعدة کلية کما تری.

(۱) لأن العالم بالفساد مقدم علی عدم لزوم العمل بالشرط، فلا موجب لثبوت الخيار له. و فيه: أن الاقدام يکون حينئذ علی عدم لزوم العمل بالشرط شرعاً، لا علی عدم العمل به، و الذی يسقط الخيار الثانی، لا الأول.

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲۲

[(مسألة ۱۰): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاها]

(مسألة ۱۰): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاها حرم عليه وطؤها (۱)، و إن کان بتوقع الإجازة (۲). و حينئذ فإن أجاز المولی کشف عن صحته، علی الأقوی من کون الإجازة کاشفة (۳). و عليه المهر (۴). و الولد حر. و لا يحد حد الزنا و إن کان عالما بالتحريم، بل يعزر (۵). و إن کان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة و عدم التعزير أيضا (۶).

(۱) لأنها أجنبية.

(۲) إذ التوقع للإجازة غير الإجازة، و الموجب لکونها زوجة هو الإجازة، و الأصل عدمها، فيکون الحکم الظاهری الحرمة.

(۳) أما بناء علی الکشف الحقيقی: فيکون العقد صحيحاً حين وقوعه، و الوطء حلالا واقعاً حين وقوعه، و إن کان حراماً ظاهراً حين وقوعه، لأصالة عدم وقوع الإجازة، کما عرفت. أما بناء علی الکشف الانقلابی- کما هو الظاهر-: فيکون باطلا حين وقوعه، و الوطء حراماً حين وقوعه، و بعد الإجازة يحکم بکون العقد صحيحاً و الوطء حلالا من حين وقوعه.

فلو أخذ الى الامام قبل تحقق الإجازة على الأول لا يجوز حده واقعاً، و على الثانى يجوز حده واقعاً، و إن كان يتبدل بالإجازة.

(۴) يعنى. المسمى، لصحة العقد. و كذا يكون الولد حراً، لحرية الوالد، و لا يلحق بالأمة، لاختصاص ذلک بالزنا، و هو منتف، لأن المفروض صحة العقد واقعاً، و لذا لا يحد الواطئ حد الزنا، و إن كان عالماً بحرمة وطء أمة الغير من غير عقد بإذن مولاها.

(۵) لمخالفته الحكم الظاهرى.

(۶) لصحة العقد حين وقوعه، فيحل الوطء من أول الأمر، و لا

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۲۳

و إن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج. و يحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم (۱)، و لم يكن مشتبهاً من جهة أخرى (۲). و عليه المهر بالدخول، و إن كانت الأمة أيضا عالمة على الأقوى (۳). و فى كونه المسمى، أو مهر المثل

موجب للتعزير، للعلم بحل الوطء حين وقوعه. نعم بناء على الكشف الانقلابى لا يكون العلم بلحوق الإجازة موجباً للعلم بصحة العقد حين وقوعه، و لا ـ لحلية الوطء حين وقوعه، بل العقد باطل حين وقوعه، و الوطء حرام حين وقوعه، و يجوز حد الواطئ قبل تحقق الإجازة، كما عرفت.

(۱) يعنى: كان عالما بحرمة وطئها إذا لم يأذن المولى و لم يجز.

(۲) مثل أن يتخيل أنها أمته، أو زوجته، أو أن المولى قد حللها له، أو نحو ذلک من الاشتباه، فإنه يكون الوطء شبهة، و لا يستحق الحد به، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(۳) قد تقدم من المصنف (ره) فى المسألة الخامسة عشرة من (فصل:

لا يجوز التزويج فى عدة الغير): أن الأقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الأمة بحرمة الوطء. و قد تقدم فى الشرح أن الذى يظهر من كلام بعضهم أن الكلام فى هذه المسألة فى مقامين: الأول: استحقاق السيد المهر. و الثانى: استحقاق السيد الأرش. و المصنف فيما سبق ذكر أن الأقوى عدم استحقاق المهر. و هنا ذكر أن الأقوى استحقاقه، و تردد فى أنه المسمى، أو مهر المثل، أو العشر و نصفه، مع أن العشر و نصفه ليس من المهر، بل هو من الأرش. و تبع فى ذلک جماعة منهم صاحب المسالک و الجواهر، فإنه فى الجواهر- بعد أن اختار ثبوت المهر للأمة- ذكر أن فى وجوب المسمى عليه، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً و نصفه إن كانت ثيباً. وجوه، بل أقوال، لا يخلو الأخير منها من

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۲۴

.....

قوة، وفاقاً للمحكى عن أبى حمزة. و اختاره سيد المدارک، و الرياض، على ما حكى عن أولهما. انتهى. فجعل العشر و نصفه من وجوه المهر مع أن المذكور فى كلام بعضهم أنه فى مقابل المهر. و لعله هو المراد من المهر فى كلام المصنف فيما سبق، فلا ينافى كلامه هنا.

و كيف كان لا دليل على ثبوت مهر المثل، فضلا عن المسمى المعلوم فساده بفساد العقد. و أما الأرش- و هو العشر أو نصفه-: فيدل عليه

صحيح الوليد بن صبيح عن أبى عبد اللّٰه (ع): «فى رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له. قال (ع): إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد. قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال (ع): إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شیء له. و إن كان زوّجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه. و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا،

و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها. قال: و تعتد منه عدة الأمة قلت: فان جاءت منه بولد. قال (ع): أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى» «۱».

و

صحيح الفضيل بن يسار، قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع): جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريته فهى له حلال.

فقال (ع): نعم يا فضيل. قلت. فما تقول فى رجل عنده جارية له نفيسة و هى بكر، أحل لأخيه ما دون فرجها، إله أن يفتضها؟ قال (ع): لا ـ ليس له إلا ـ ما أحل له منها، و لو أحل له قبلة لم يحل له ما سوى ذلک. قلت أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها؟

قال (ع): لا ينبغى له ذلک. قلت: فان فعل أ يكون زانياً؟ قال (ع):

---

(۱) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۲۵

أو العشر إن كانت بكراً و نصفه إن كانت ثيباً. وجوه، بل أقوال، أقواها: الأخير. و يكون الولد لمولى الأمة (۱).

و أما إذا كان جاهلا بالحكم أو مشتبهاً من جهة أخرى فلا يحد (۲). و يكون الولد حراً. نعم ذكر بعضهم: أن عليه قيمته يوم سقط حياً (۳). و لكن لا دليل عليه فى المقام (۴)

لا، و لكن يكون خائناً. و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها» «۱».

و الروايتان و ان كانتا واردتين فى موارد خاصة غير ما نحن فيه، و لأجله استشكل فى الحدائق فى ثبوت ذلك فيما نحن فيه، لكن التعليل فى أولهما بقوله (ع):

«بما استحل من فرجها»

ظاهر فى عموم الحكم لما نحن فيه. و قد تقدم فيما سبق ما له نفع فى المقام. فراجع.

(۱) بلا إشكال، كما فى الجواهر، و بغير إشكال، كما فى المسالک، لما عرفت فى المسألة الثامنة.

(۲) لأن الحدود تدرأ بالشبهات. و بكون الولد حراً لما تقدم فى المسألة الثامنة.

(۳) قال فى الشرائع- فيما إذا تزوج الحر أمة بغير إذن المولى-:

«و إن كان الزوج جاهلًا أو كان هناك شبهة فلا حد، و وجب المهر، و كان الولد حراً. لكن يلزمه لمولى الأمة قيمته يوم سقوطه حياً».

و تبعه عليه فى القواعد، و المسالک، و كشف اللثام. و قال فى جامع المقاصد:

«و لا شک أن على الأب قيمته للمولى».

(۴) فى جامع المقاصد: جعله مما دلت عليه الرواية، يريد بها موثقة سماعة الاتية فى الأمة التى دلست نفسها. و صرح بذلك فى كشف اللثام،

---

(۱) الوسائل باب: ۳۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۲۶

و دعوى: أنه تفويت لمنفعة الأمة (۱). كما ترى، إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية. و على فرضه فلا وجه لقيمة يوم

التولد، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد (۲)

و الرياض، و الحدائق. و في دلالتها على المقام إشكال، لاختلاف المورد، و لعدم ظهور قوله (ع): فيها:

«و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه»

في قيمة يوم الولادة، كما سيأتي. و مثله الاستدلال عليه

بموثق جميل عن أبي عبد اللّه (ع): «في الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها، ثمَّ يجيء مستحق الجارية؟ قال (ع): يأخذ الجارية المستحق. و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد. و يرجع على من باعه بثمن الجارية، و قيمة الولد التي أخذت منه» «۱»

. و نحوه مرسله

«۲». و خبر إسماعيل ابن جابر عن أبي عبد اللّه (ع) الوارد في رجل زوجه قوم أمة غيرهم و قد كان طلب منهم أن يزوجوه امرأة منهم «۳». (۱) علله في التذكرة: بأنه نماء ملكه، و قد حال بينه و بينه بالحرية.

و في الجواهر: بأنه كالمتلف مال غيره بغير إذنه. و إشكال المصنف (ره) على ذلك ظاهر. و في بعض الحواشي: أن الاستيلاد استيفاء لمنفعة أمة الغير، فيكون مضموناً على المستوفي. و مقتضاه ضمان منفعة الأمة هذه المدة، لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى.

(۲) قال في التذكرة: «و لا تقوم قبل سقوطه، لأنه لا قيمة له حينئذ». و في جامع المقاصد: «و إنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً، لأنه وقت الحيلولة، و وقت افراده بالتقويم، و وقت الحكم عليه بالمالية».

و نحوه في المسالك. و قال في كشف اللثام: «لأنه أول وقت إمكان التقويم».

---

(۱) الوسائل باب: ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۷.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۲۷

لأنه انعقد حراً، فيكون التفويت في ذلك الوقت.

[(مسألة ۱۱): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضا حتى مات]

(مسألة ۱۱): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضا حتى مات، فهل يصح إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما: العدم، لأنها على فرضها كاشفة، و لا يمكن الكشف هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث (۱) و هو نظير من باع شيئاً ثمَّ ملك (۲).

و الاشكال في الجميع ظاهر، و لا سيما بملاحظة أنه لو ضربها جان و هي حامل فأسقطت كان ضامناً. و ذلك يدل على أن له مالية، و قابل للتقويم، و إلا لم يكن وجه للضمان. فكان الأولى الاستدلال عليه بأن النصوص الدالة على الضمان تضمنت ضمان قيمة الولد، و عنوان الولد إنما يكون بالولادة، لا بالانعقاد. نعم إذا كان المستند في ضمان القيمة القاعدة كان مقتضاها ضمان قيمة زمان الانعقاد.

(۱) و على تقدير الكشف تكون للمشتري من حين العقد، فيلزم اجتماع ملكيتين في زمان العقد: ملكية المورث، و ملكية المشتري، إذ لو لم تكن ملكاً للمورث لم تنتقل الى الوارث.

(۲) فان المالك فيه حين البيع غير المالك حين الإجازة، فيكون كما نحن فيه. نعم يفترقان بأن الفضولي في المقام غير المالك الثاني، بخلاف النظير، فإنه عينه. و يمكن أن يقال: بأن المالك حال الإجازة لما كان وارثاً فقد لوحظ فيه قيامه مقام مورثه، فالإجازة منه

كأنها إجازة من مورثه، و كان المالك حال الإجازة هو المالك حال العقد، و لا يلحقه حكم تجدد المالك حال الإجازة. ثمَّ إنه لو تعذر البناء على الكشف الحقيقى فى الفرض و نحوه يدور الأمر بين البناء على البطلان و عدم الفائدة للإجازة، و البناء على الصحة و القول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲۸

[(مسألة ۱۲): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر]

(مسألة ۱۲): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر و دخل بها ثمَّ تبين الخلاف (۱) وجب عليه المفارقة. و عليه المهر لسيدها (۲). و هو العشر و نصف العشر

لا حين العقد. و حيث يدور الأمر بينهما يكون البناء على أحد الأخيرين مما فيه العمل بالدليل فى الجملة أولى من الأول الذى فيه طرح الدليل بالمرة. كما أن هذا كله مبنى على القول بالكشف الحقيقى. أما بناء على الكشف الانقلابى أو الحكمى فلا مانع من الالتزام به هنا، فيكون المال ملكاً للمورث حين الموت و ينتقل الى الوارث، و بعد إجازة الوارث يحكم الشارع بثبوت ملكية المشترى من حين وقوع العقد، إما حقيقة، أو حكما. ثمَّ إن هذا الاشكال المذكور فى المتن إنما يتوجه فى بيع الفضولى و نحوه، لا فى مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية. فلا تنافى بين الكشف فيه و بين ثبوت الملكية للمورث. نعم بعض الإشكالات فى تلك المسألة جارية هنا، مثل ما يقال من أنه يلزم نفوذ التصرف فى ملك المالك بدون إجازته لا سابقاً و لا لاحقاً. و لعل ذلك مراد المصنف، و إن بعد عن ظاهر كلامه.

(۱) يعنى: تبين أنها أمة غير مأذونه فى التزويج، لا سابقاً و لا لاحقا.

(۲) فى المسالک: «هکذا أطلق الجميع. بل ادعى عليه بعضهم إجماع المسلمين، و لم يفرقوا بين كونها عالمة بالتحريم و جاهلة» فان كان المراد من المهر العشر و نصفه كان الإطلاق فى محله، لأنه مقتضى إطلاق الصحيح السابق

«۱» الشامل للعالمة و الجاهلة. و إن كان المراد، المسمى فلا وجه له، و إن نسبه فى المسالک الى ظاهر الشرائع و الأكثر، لأن فساد العقد يقتضى فساد المسمى فلا ملزم به. و كذا إذا كان المراد به مهر المثل

---

(۱) راجع المسألة: ۱۰ من هذا الفصل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۲۹

على الأقوى، لا المسمى، و لا مهر المثل. و إن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجودا (۱)، و إلا تبعت به بعد العتق (۲). و لو جاءت بولد ففى كونه حراً أو رقاً لمولاها قولان، فعن المشهور: أنه رق (۳)

بناء على عموم

قوله (ص): «لا مهر لبغى» [۱]

لما نحن فيه. و قد تقدم الكلام فى ذلك فى المسألة الخامسة عشرة من (فصل: لا يجوز التزويج فى عدة الغير). أما بناء على عدم عمومه ففى محله- كما عن الشيخ فى المبسوط، و نقل عن ابن حمزة- لو لا ورود الصحيح المذكور، فإنه ظاهر فى خلافه. و لأجله يتعين البناء على ما فى المتن، كما اختاره فى الجواهر، و حكاه عن سيد المدارک، و الرياض. و فى الشرائع جعله المروى. و لعل ظاهره الميل اليه، و إن كان لا يخلو من تأمل، و نسب فى كشف اللثام الى المقنع، و النهاية و المهذب و الجامع.

(۱) کما صرح به فی الصحیح. و تقتضیه قاعدة السلطنة علی المال بعد أن لم یخرج عن ملکه بالعقد الفاسد.

(۲) بـذلک صـرح فی القواعد، و جامع المقاصد، و المسالک، و کشف اللثام. عملا بالقواعد العامة. لکن ذکر فی الصـحیح: «و إن لم یجد شیئاً فلا شیء له». و ظاهره عدم اشتغال ذمتها بشیء من المهر مع التلف.

و لعل المراد به أنه لا شیء له فعلًا.

(۳) نسبه الی المشهور فی الحدائق. و اختاره فی الشرائع، و القواعد.

و نسبه فی الجواهر الی الشیخ و اتباعه، لأنه نماء المملوک، و

لخبر محمد بن

---

[۱] لم نعثر علیه فی کتب الحدیث و ان اشتهر فی کتب الفقه، نعم ورد فی نصوص کثیرة عده من السحت. راجعها فی الوسائل باب: ۵ من أبواب ما یکتسب به و غیرها. و فی مسـتدرک الوسائل فی الباب المذکور و فی صحیح البخاری باب: ۵۱ فی مهر البغی من کتاب الطلاق

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۰

.....

قیس عن أبی جعفر (ع) قال: «قضـی علی (ع) فی امرأة أتت قوماً فخبرتهم أنها حرة، فتزوجها أحدهم و أصدقها صداق الحرة، ثمَّ جاء سیدها. فقال (ع): ترد إلیه. و ولدها عبید» «۱»

، و

موثق سـماعة قال: «سألت أبا عبـد اللّه (ع) عن مملوکـة أتت قوماً و زعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثمَّ إن مولاها أتاهم فأقام عنـدهم البینـة أنها مملوکة، و أقرت الجاریة بذلک. فقال (ع): تدفع الی مولاها هی و ولدها. و علی مولاها أن یدفع ولدها إلی أبیه بقیمته یوم یصیر الیه.

قلت: فان لم یکن لأبیه ما یأخـذ ابنه به. قال (ع): یسعـی أبوه فی ثمنه حتی یؤدیه و یأخذ ولده. قلت: فان أبی الأب أن یسعـی فی ثمن ابنه.

قال (ع): فعلی الامام أن یفتدیه. و لا یملک ولد حر» «۲»

، و

حسن زرارة قـال: «قلت لأبی عبـد اللّه (ع): أمـة أبقت من موالیهـا فـأتت قبیلـة غیر قبیلتهـا فـادعت أنهـا حرة، فوثب علیها رجل حینئذ فتزوجهـا، فظفر بها مولاها بعـد ذلک و قـد ولـدت أولاداً. قال (ع): إن أقام البینـة الزوج علی أنه تزوجها علی أنها حرة أعتق ولـدها و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم یقم البینة أوجع ظهره و استرق ولده» «۳»

، و

موثق سـماعة الآـخر قـال: «سألته عن مملوکـة قوم أتت قبیلـة غیر قبیلتها و أخبرتهم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فولـدت له. قال (ع): ولده مملوکون، إلا أن یقیم البینة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة، فلا یملک ولده، و یکونون أحراراً» «۴».

---

(۱) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۵.

(۳) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۳۱

و لكن يجب على الأب فكه (۱) بدفع قيمته يوم سقط حياً (۲) و إن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته (۳)، و إن أبى

---

(۱) بلا خلاف، كما في كشف اللثام. و يقتضيه موثق سماعة الأول

، و صحيح محمد بن قيس الآتي

و نحوه مرسل الفقيه

«۱». كما يقتضي الأول ما يأتي من الأحكام، و لم يشاركه في ذلك غيره من النصوص.

(۲) بلا خلاف، كما في كشف اللثام. لكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة. و يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم «۲». (۳) كما في الشرائع، و القواعد، و غيرهما. و أنكر في المختلف الاستسعاء، و كذا وجوب الأخذ من بيت المال، لأنه دين يجب فيه الانتظار، و لا يؤدى من بيت المال. و فيه: أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به. و الطعن في السند، و حمل الأمر على الاستحباب غير ظاهر.

نعم لم يعين في النص أنه من بيت المال، و لا من الزكاة. و مقتضى أن الأول مصرفه المصالح العامة و ليس هذا منها، و أن سهم الرقاب مصرفه المكاتبون و العبيد تحت الشدة و ليس هذا منهما: أنه لا يجوز الفك من المالين المذكورين. نعم لا بأس بصرف سهم سبيل اللّه في ذلك، فكان اولى بالذكر في كلام الجماعة من ذكر المالين.

ثمَّ إنه بناء على الرقية فالقيمة ليست من الدين، و انما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك. و كذلك بناء على الحرية، فإنه لم يثبت أنه من باب الضمان ليكون ديناً، بل من الجائز كونه تكليفياً تعبدياً، فإجراء أحكام الدين في المقام غير ظاهر. و الكلام في ذلك لا يهم بعد أن كان من وظائف الإمام.

---

(۱) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۸. و قد رواه مرسلًا.

و الموجود في الفقيه روايته بسنده عن محمد بن قيس فراجع الفقيه جزء: ۳ صفحة: ۲۶۲ الطبعة الحديثة.

(۲) لم يتقدم في كلامه (قده) التعرض له، و انما يأتي منه ذكره قريباً.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۳۲

وجب على الامام (ع) دفعها من سهم الرقاب (۱) أو من مطلق بيت المال (۲). و الأقوى كونه حراً (۳)،

---

(۱) كما في كشف اللثام عن النهاية، و الغنية، و الوسيلة، و المهذب.

(۲) كما عن النكت. و قد عرفت الاشكال فيه، و فيما قبله.

(۳) في كشف اللثام حكاه عن المبسوط، و نكت النهاية، و السرائر.

و في الجواهر: أنه الأقوى، للأصل، و لظهور الأدلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في لحوق النسب، المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي عرفته سابقاً، و لما في ذيل صحيح الوليد المتقدم

«۱» و

لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): «في رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة، ثمَّ جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها

جاریته. قال (ع): یأخذها و یأخذ قیمة ولدها» «۲»

، بدعوی أنه ظاهر فی حریة الولد، و بموثق سماعة الأول

، بناء علی ما فی جامع المقاصد من أن الذی ضبطه المحققون أن قوله (ع):

«و لا یملک ولد حر»

بالوصف لا الإضافة. قال فی جامع المقاصد: «نص جماعة- منهم ابن إدریس- علی وجوب قراءة «حر» بالرفع و التنوین علی أنه صفة لولد، و قالوا: إن قراءته بالجر و هم». و فی کشف اللثام: «الأظهر کون «حر» صفة. لأنه الذی لا یملک. و قال قبل ذلک: و لم نظفر فی الباب بخبر صحیح. و الأصل الحریة، فهو الأقوی.

و یعضده صحیح الولید بن صبیح

». و یشکل: بأن خبر محمد بن قیس السابق

فی دلیل الرقیة موثق، و هو حجة، و مانع من الرجوع الی الأصل. و منه یظهر الاشکال فیما فی الجواهر، فان ما ذکره من النصوص معارض بما

---

(۱) راجع المسألة: ۱۰ من هذا الفصل.

(۲) ذکره فی الفقیه جزء: ۳ صفحة: ۲۶۲ بتغییر یسیر، و ذکره فی الوسائل مرسلا باب: ۶۷ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۸، کما أشرنا إلیه قریباً.

.....

دل علی الرقیة. مع أن الاستدلال بصحیح محمد بن قیس

علی حریة الولد غیر ظاهر، و إن علله فی الجواهر: بأنه لو کان رقاً کان الجائز له أخذها و أخذ ولدها. إذ فیه: أنه إذا کان یجب أخذ قیمة الولد بناء علی الرقیة لا یجوز له أخذ الولد. فلاحظ. و کذا الاستدلال بموثق سماعة الأول

، لضعف المبنی الذی ذکره فی جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالإضافة أولًا: من جهة أن الحکم بأنه لا یملک یکون عقلیاً لا شرعیاً. و ثانیاً:

بأن الحر الذی لا- یملک لا یختص بالولد، بل الوالد الحر أیضا لا یملک، فیکون التخصیص بلا مخصص، بخلاف ما لو کان علی الإضافة.

و التحقیق ان نصوص المقام فی مقام الدلالة علی أقسام: الأول:

ما ظاهره رقیة الولد، کموثق محمد بن قیس المذکور فی أدلة الرقیة

. الثانی:

ما ظاهره حریة الولد، کصحیح الولید بن صبیح المتقدم فی العشر و نصف العشر

. الثالث: ما ظاهره التفصیل بین أن یشهد الشاهدان بحریة الأمة فیتزوجها الرجل، و بین أن یتزوجها اعتماداً علی قولها المعتضد بأصالة الحریة، و هو موثق سماعة الأخیر

. لکن ظاهره التفصیل فی الحکم الظاهری فی مقام حسم النزاع بین الزوج و السید، لا- الحکم الواقعی فی حریة الولد مع شهادة الشاهدین. الرابع: ما ظاهره التفصیل بین أن یقیم بینة علی أنه تزوجها علی أنها حرة فالولد حر. و أن لا یقیم بینة علی ذلک فالولد رق،

و هو روایـة زرارة. و ظاهرها أیضاً التفصـیل فی الحکم الظاهری فی مقام حسم النزاع و الخصومـة. الخامس: ما هو قاصـر الدلالـة علی الحریة و الرقیة، کموثق سماعة الأول

، فإن دفع الولد الی مولی الأمة فیه أعم من کونه رقاً أو حراً یتعلق به المال کالعین المرهونة. و کذلک قوله (ع) فی ذیله:

«و لا یملکک ولد حر»

. بناء علی الإضافة، کما هو الظاهر کما عرفت، فان ذکر ذلک علة للافتداء بالقیمة ربما کان قرینة علی کون المراد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۴

.....

أنه لا یبقی علی الملکیة. و مثله صحیح محمد بن قیس

، فإن أخذ قیمة الولد فیه أعم من کونه حراً، کما سبق.

ثمَّ إن دلالـة الأول علی الرقیـة لا مجال للمناقشـة فیها. و ما فی الجواهر من حمله علی الحکم الظاهری فی مقام حسم النزاع- یعنی: إذا لم تکن حجـة للزوج علی کونه مشـتبهاً یحکم برقیة الولد- خلاف الظاهر جداً، و لا سـیما بملاحظة عطف التزویج بالفاء علی إخبارها بالحریة، و قوله: «أصدقها صداق الحرة»، فإنه کالصـریح فی کون التزویج من باب الاشتباه، و أن السؤال عن حکمه من حیث هو. کما أن الظاهر تأتی المناقشة فی الاستدلال بصحیح الولید

علی الحریـة و إن کان تام الدلالـة علیها، لأن تعلیق الحریـة فیه علی النکاح بغیر إذن الموالی یقتضـی انتفاءها إذا کان بإذن الموالی، و لیس الحکم کـذلک کمـا تقـدم. فیتعین التصـرف فیه إما بحمل الکلام علی الإنکار- کما ذکره فی الوسائل- أو علی صورة رد الأب القیمة، أو صورة شـهادة الشاهدین بحریة الأمة- کما ذکر الشـیخ (ره)- أو حمل الشرط علی تقریر موضوع الحکم بالحریة- کما ذکر الشـیخ (ره)- أو حمـل الشـرط علی تقریر موضـوع الحکـم بالحریـة- کمـا احتملـه فی الجـواهر- أو غیر ذلـک من المحتملات. و مع الاحـتمال لا مجال للاستدلال. و أما الثالث:

فدلالته علی حریة الولد مع شهادة الشاهدین، و رقیته مع عدمها لا غبار علیها. و هو فی الحکم الثانی معاضد لموثق محمد بن قیس

. و فی الحکم الأـول غیر مناف له، لظهور السؤال فیه فی غیر هـذه الصورة، أو غیر ظاهر فیها، فلا یتنافی مع الموثق المـذکور فیها، و لا مـانع من العمـل به فیهمـا حینئـذ، و إن کـان وارداً فی مقـام الحکم الظـاهری للحـاکم، لا الحکم الواقعی، لکن من المعلوم أن الحکم الظاهری عین الحکم الواقعی مع الموافقة، فلا مانع من الأخذ بإطلاقه. و أما الرابع: فالکلام فیه هو الکلام فی الثالث، فیدل علی الحکم الواقعی. لکن کان التعبیر فیه بالإعتاق المناسب للرقیة،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۵

کما فی سائر موارد اشـتباه الحر، حیث أنه لا إشـکال فی کون الولد حراً، فلا خصوصـیة لهذه الصورة. و الاخبار الدالة علی رقیته منزلة علی أن المولی أخذه (۱) لیتسلم القیمة،

لأنه تحریر الرق، و یکون المراد به الإعتاق بدفع القیمة إلی الأب، فیکون الخبر موافقاً لموثق محمد بن قیس

فی إطلاق الرقیـة مع الاشـتباه. و کأنه لأجل ذلک اسـتدل به علی الرقیـة. و لا یمکن تقییده بصورة عدم شـهادة الشاهدین بحریة الأمة، لأنه لو قید بذلک کان مفهومه لزوم أن یوجع ظهره إذا لم یشهد الشاهدان بحریة الأمة، و هو مما لا یمکن الالتزام به.

و حینئـذ یتعارضان فی صورة شـهادة الشاهـدین. و لا یبعد الأخذ بالموثق حینئذ، لضـعف الخبر، لأن فی سـنده فی الکافی عبد اللّه بن بحر «۱»، و فی التهذیب «۲» و إن کان بدله عبد اللّه بن یحیی، لکن الکافی أضبط، بل جزم المجلسی (ره) بأنه تصحیف.

و من ذلک یظهر قوة ما عن الشیخ (ره)- فی النهایة، و التهذیب، و الاستبصار، و نسب الی المهذب- من التفصیل بین أن یشهد شاهدان بحریة الأمة فیتزوجها الرجل لذلک فالولد حر، و بین أن یتزوج اعتماداً علی أصالة الحریة أو نحوها فالولد رق. و علی الأب فکه بالقیمة.

و جعله فی الحدائق مقتضی التدبر فی نصوص الباب بعد ضم بعضها الی بعض. کما یظهر ضعف القول بالرقیة مطلقاً، و الحریة کذلک، و إن کان أولهما أقرب من ثانیهما.

(۱) قد عرفت أنه لا موجب لهذا التنزیل، و أن العمدة فیما دل علی الحریة صحیح الولد، و قد عرفت إشکاله.

---

(۱) الجزء: ۵ صفحة: ۴۰۵ الطبعة الحدیثة.

(۲) الجزء: ۷ صفحة: ۳۵۰ الطبعة الحدیثة، و الاستبصار الجزء: ۳ صفحة: ۲۱۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۶

جمعاً بینها و بین ما دل علی کونه حراً. و علی هذا القول أیضا یجب علیه ما ذکر من دفع القیمة، أو السعی، أو دفع الامام (ع)، لموثقة سماعة (۱). هذا کله إذا کان الوطء حال اعتقاده کونها حرة. و أما إذا وطئها بعد العلم بکونها أمة (۲) فالولد رق، لأنه من زنا حینئذ (۳)، بل و کذا لو علم سبق رقیتها فادعت أن مولاها أعتقها، و لم یحصل له العلم بذلک و لم یشهد به شاهدان، فان الوطء حینئذ أیضا لا یجوز لاستصحاب بقائها علی الرقیة (۴). نعم لو لم یعلم سبق رقیتها جاز له التعویل علی قولها، لأصالة الحریة (۵). فلو تبین

---

(۱) فی الأحکام الثلاثة. و یشارکه فی الأول منها صحیح محمد بن قیس، و مرسل الفقیه

«۱». (۲) یعنی: لم یأذن مولاها لها فی النکاح.

(۳) تقدم فی آخر المسألة الثامنة وجه الحکم فیه.

(۴) و یحتمل قبول خبرها، لان إخبار الإنسان عن نفسه و عما فی یده حجة مقدمة علی الاستصحاب، کما إذا أخبر عن تطهیر بدنه و نحوه.

نعم إذا کانت قرینة علی اتهامه لم یقبل خبره. و لعل دعوی صیرورتها حرة من ذلک. و نظیر المقام دعوی العدالة، و الاجتهاد، و النسب، و نحوها، فلا یصدق مدعیها إلا ببینة. و قد تقدم الکلام فی ذلک فیما تثبت به الطهارة و النجاسة من کتاب الطهارة. کما أنه إذا کان یباع فی الأسواق فقد دلت النصوص «۲» علی عدم قبول إخباره بالحریة مسبوقة بالرقیة أو غیر مسبوقة.

(۵)

لصحیح عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه (ع):

---

(۱) تقدم التعرض لهما فی أوائل المسألة.

(۲) راجع الوسائل باب: ۵ من أبواب بیع الحیوان.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۷

الخلاف لم یحکم برقیة الولد (۱). و کذا مع سبقها مع قیام البینة علی دعواها (۲).

[(مسألة ۱۳): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته]

(مسألة ۱۳): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته کان النکاح باطلا، فلا تستحق مهراً و لا نفقة (۳) بل الظاهر أنها تحد

حد الزنا (۴) إذا کانت عالمة

یقول کان علی بن أبی طالب یقول: الناس کلهم أحرار، إلا من أقر علی نفسه بالعبودیـة و هو مدرک من عبد أو أمة، و من شـهد علیه بالرق صغیراً کان أو کبیراً» «۱».

لکن علی هذا یکون التعویل علی الأصل لا علی قولها.

(۱) علی ما تقدم منه. و هو مورد نصوص الباب.

(۲) هذا یدخل فی عموم موثق سماعة الأخیر

«۲»، المتضمن لحریة الولد إذا شهد شاهدان لها بالحریة.

(۳) أما البطلان: فلما سبق من عدم سلطان الرق علی نفسه. و أما نفی المهر: فلأنها بغی. و

فی خبر السکونی عن أبی عبد اللّه (ع) قال:

«قال رسول اللّه (ص) أیما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغیر إذن موالیه فقد أباحت فرجها، و لا صداق لها» «۳».

و أما نفی النفقة: فلانتفاء الزوجیة. و الظاهر أنه لا إشکال فی جمیع ما ذکر.

(۴) لعموم الأدلـة. لکن قال فی کشف اللثام: «قیل: و لا حـد علیها، لمکان الشـبهة. و الفرق بینها و بین الحر إذا تزوج أمة کذلک: أنها لنقصان عقلها و عدم مخالطتها لأهل الشرع یکفی العقد شبهة لها. و الفرق

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب العتق حدیث: ۱.

(۲) راجع صفحة: ۳۳۰.

(۳) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۳

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۸

بالحـال، و أنه لا یجوز لها ذلک. نعم لو کان ذلک لها بتوقع الإجازة و اعتقـدت جواز الإقـدام حینئـذ بحیث تکون شـبهة فی حقها لم تحـد. کما أنه کذلک إذا علمت بمجیء الإجازة (۱). و أما إذا کان بتوقع الإجازة و علمت مع ذلک بعـدم جواز ذلک فتحـد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزر حینئذ، لمکان تجریها. و إذا جاءت بولد فالولد لمولی العبد (۲) مع کونه مشتبها

بین ذلک و ما إذا تزوجت حراً بعقد تعلم فساده: أن هذا العقد فضولی یجوز فیه إجازة المولی. و یؤیده ما فی الاخبار من:

«أنه لم یعص اللّه و إنما عصی سیده» «۱»

، و

حسن منصور بن حازم عن الصادق (ع): «فی مملوک تزوج بغیر إذن مولاه أ عاص لله تعالی؟ قال (ع): عاص لمولاه.

قلت: حرام هو؟ قال (ع): ما أزعم أنه حرام ..» «۲».

انتهی کلاـم کشف اللثـام. و کـأنه لـذلک اقتصـر فی الشـرائع و القواعـد علی ذکر الحکمین الأـولین فقـط و لم یتعرض للحـد. بل فی الحدائق: لم یذکره أحد.

و ربما مال إلیه فی کشف اللثام. و لکنه یشـکل- کما فی الحدائق و فی الجواهر- بأن الشبهة العرفیة منتفیة، و الشرعیة لا دلیل علیها. و الأخبار قـد عرفت المراد منها فی أول هـذا المبحث. فراجع. و نقصان العقل غیر کاف فی تحقیق الشـبهة الدارئـة للحد بعد فرض العلم بالحرمة، و إلا سقط الحد عن المرأة کلیة

(۱) تقدم الکلام فی ذلک فی شرح المسألة العاشرة.

(۲) بلا خلاف، کما فی الجواهر. و فی کشف اللثام: أنه قطع به الأصحاب، لکونه من نماء المملوک، لانتفاء النسب بینه و بین الام بالزنا

---

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱، ۲.

(۲) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۳۹

بل مع کونه زانیاً أیضا، لقاعدة النمائیة بعد عدم لحوقه بالحرة.

و أما إذا کانت جاهلة بالحال فلا حد. و الولد حر (۱)

و لکنه کما تری، فإنه شامل إذا کان العبد زانیاً أیضا مع انتفاء النسب بینه و بینه أیضا، فهو إما نماء لهما، أو للأم، و لا وجه لإلحاقه بالأب بالخصوص مطلقاً. و قد یستدل له

بخبر العلاء بن رزین عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «فی رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضی الی قوم، فتزوج منهم و لم یعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، و کسب مالًا، و مات مولاه الذی دبره، فجاء ورثة المیت الذی دبر العبد فطالبوا العبد، فما تری؟ فقال:

العبد و ولده لورثة المیت ..» «۱».

لکن الاستدلال به یتوقف علی إطلاقه و عدم ظهوره فی الحرة الجاهلة. و لکنه غیر ظاهر. و حینئذ ینحصر دلیله بالفحوی إن أمکن العمل بمورد الخبر، و بالإجماع.

(۱) أما الأول: فللشبهة الدارئة للحد. و أما الثانی: فلما تقدم من أن المتولد بین الحر و الرق یلحق بأشرف الأبوین. و عن مقنعة المفید: أن الولد رق کما لو کانت عالمة. و مثله ظاهر محکی التهذیب، عملًا بإطلاق النص المتقدم. لکن عرفت الإشکال فی إطلاقه و أنه ظاهر فی الجاهلة.

و حمله فی الجواهر علی صورة عدم قیام البینة علی کون الحرة مشتبهة، لما بنی علیه غیر مرة من أن الولد یلحق بالرق غیر المأذون. و المراد من قول السائل: «و لم یعلمهم أنه عبد»: أنه لم یعلمهم أنه عبد آبق، لا أنه لم یعلمهم أنه عبد، لتکون الحرة التی تزوجت مشتبهة. و لکن ما ذکره (قده)- و إن جعله مقطوعاً به غیر ظاهر، بل خلاف الظاهر.

و قد عرفت فی المسألة الثامنة الإشکال فیما بنی علیه غیر مرة. فراجع.

نعم قد یقال: إن الخبر المذکور لا یصلح المعارضة ما دل علی حریة الولد

---

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۴۰

و تستحق علیه المهر (۱)، یتبع به بعد العتق (۲).

[(مسألة ۱۴): إذا زنی العبد بحرة من غیر عقد فالولد حر]

(مسألة ۱۴): إذا زنی العبد بحرة من غیر عقد فالولد حر (۳)، و إن کانت الحرة أیضا زانیة. ففرق بین الزنا المجرد عن عقد و الزنا المقرون به مع العلم بفساده حیث قلنا ان الولد لمولی العبد (۴)

[(مسألة ۱۵): إذا زنی حر بأمة فالولد لمولاها]

(مسألة ۱۵): إذا زنی حر بأمة فالولد لمولاها (۵) و إن کانت هی أیضا زانیة. و کذا لو زنی عبد بأمة الغیر

المتولد من الحر، بضعفة فی نفسه، و إعراض المشهور عنه.

(۱) لما یفهم من غیر واحد من النصوص من استحقاق المهر بالدخول فی غیر الزنا

«۱». (۲) کما صرح به فی الشرائع، و القواعد، و غیرهما. لأنه مملوک لمولاه، فلا یمکن استیفاء دینه من منافعه أو من عینه.

(۳) بلا خلاف و لا إشکال، کما فی الجواهر. و یقتضیه أصالة تبعیة النماء للأم ما لم یقم دلیل علی خلافها.

(۴) فی الجواهر: وجه الفرق النص، و هو خبر العلاء المتقدم. لکن ظاهر المصنف الفرق من غیر جهة النص، فإنه فی العقد المعلوم الفساد ألحق الولد بالعبد، فیکون لمولاه، لقاعدة النمائیة. و هذه القاعدة بعینها جاریة فی الزنا بدون العقد.

(۵) کما فی الجواهر. لقاعدة النماء فی الأم. قال: «و لا یشکل ما ذکرنا بالحرة التی تزوجت عبدا غیر مأذون عالمة بالتحریم، لما عرفته من الدلیل المخصوص فی النکاح دون الزنا». و یشیر بذلک الی خبر العلاء

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۵۴ من أبواب المهور، و مستدرک الوسائل باب: ۳۸ من أبواب المهور

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۴۱

فان الولد لمولاها (۱).

[(مسألة ۱۶): یجوز للمولی تحلیل أمته لعبده]

(مسألة ۱۶): یجوز للمولی تحلیل أمته لعبده (۲).

---

(۱) قد سبق ذلک فی آخر المسألة الثامنة.

(۲) کما عن الحلی. و اختاره فی الشرائع. و لکن عن الشیخ فی النهایة، و العلامة فی المختلف، و ولده: العدم،

لصحیحة علی بن یقطین عن أبی الحسن (ع) «أنه سئل عن المملوک أ یحل له أن یطأ الأمة من غیر تزویج إذا أحل له مولاه؟ قال (ع): لا یحل له» «۱»

، و لأنه نوع تملیک، و العبد لیس أهلا له. و الأخیر کما تری، مبنی علی عدم ملک العبد مطلقاً. مع أن التحلیل لیس تملیکا، کما سیأتی. و الصحیح معارض بغیره،

ففی صحیح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن قول اللّه تعالی (وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلّٰا مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ) قال: هو أن یأمر الرجل عبده و تحته أمته فیقول: اعتزل امرأتک و لا تقربها، ثمَّ یحبسها عنه حتی تحیض، ثمَّ یمسها، فاذا حاضت بعد مسه إیاها ردها علیه بغیر نکاح» «۲»

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

، و

الصحیح عن فضیل مولی راشد قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع): لمولای فی یدی مال فسألته أن یحل لی ما أشتری من الجواری، فقال: إن کان یحل لی أن أحل لک فهو لک حلال.

فقال (ع): إن أحل لک جاریة بعینها فهی لک حلال، و إن قال: اشتر منهن ما شئت، فلا تطأ منهن شیئاً إلا ما یأمرک، إلا جاریة یراها فیقول هی لک حلال، و إن کان لک مال فاشتر من مالک ما بدا لک» «۳».

و لعل وجه الجمع حمل الصحیح الأول علی صورة التحلیل من غیر تعیین.

(۱) الوسائل باب: ۳۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۳۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

.....

و لکن قال فی الشرائع: «و فی تحلیل أمته لمولاه روایتان: إحداهما:

المنع، و یؤیدها أنه نوع تملیک و العبد بعید عن التملیک. و الأخری:

الجواز إذا عین له الموطوءة، و یؤیدها أنه نوع من الإباحة، و للمملوک أهلیة الإباحة. و الأخیر أشبه». و مما ذکرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه و أوفق بالقواعد، سواء قلنا بأن التحلیل عقد نکاح، أم تملیک، و أن العبد یملک، أو لا یملک، فإنه لا مجال لطرح النصوص المذکورة بالمبانی المزبورة. و من ذلک تعرف الاشکال فیما فی القواعد حیث قال: «و لو أباح أمته لعبده، فان قلنا أنه عقد أو تملیک منفعة و أن العبد یملک حلت، و إلا فلا. و الأول أولی، لأنه نوع إباحة، و العبد أهل لها».

و فی کلامه الأخیر إشارة الی ما هو التحقیق من أن التحلیل لیس عقد النکاح- کما عن المرتضی- و لا تملیک منفعة- کما عن المشهور- و لا تملیک انتفاع- کما قد یظهر من عبارة جامع المقاصد- بل هو إباحة و إذن فی الانتفاع دل الدلیل القطعی علیه، فوجب القول به، و یکون الدلیل مخصصا لقوله تعالی (وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حٰافِظُونَ، إِلّٰا عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ، أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ، فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومِینَ، فَمَنِ ابْتَغیٰ وَرٰاءَ ذٰلِکَ فَأُولٰئِکَ هُمُ الْعٰادُونَ)* «۱»، فیدل علی جواز قسم ثالث فی مقابل القسمین المذکورین.

اللهم إلا أن یقوم إجماع علی الانحصار بالقسمین، کما یظهر من دعوی الاتفاق فی کشف اللثام و غیره. فیتعین إرجاع التحلیل الی أحد القسمین.

و لأجل انتفاء أحکام العقد من الطلاق إن کان دائما، و لزوم ذکر المهر إن کان متعة، یتعین کونه من ملک الیمین، کما قیل. و لما عرفت من أن العقد یقتضی ثبوت الزوجیة، و هی منتفیة فی التحلیل، و أنه لا ملکیة للرقبة فیه، و لا للمنفعة، یتعین أن یکون المراد من ملک الیمین ما یشمل

(۱) المؤمنون: ۵، ۶، ۷. المعارج: ۲۹، ۳۰، ۳۱.

و کذا یجوز له أن ینکحه إیاها (۱). و الأقوی أنه حینئذ نکاح لا تحلیل (۲). کما أن الأقوی کفایة أن یقول له: «أنکحتک

تحليل الأمة المملوكة، و لا موجب للالتزام بأنه تمليك منفعة، أو انتفاع.

كيف؟! و هو خلاف المرتكز فى أذهان المتشرعة، و كيف يمكن البناء على إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد المنشئ؟! كما لعله ظاهر.

(۱) بلا إشكال. و تشهد به النصوص، كصحيحة على بن يقطين المتقدمة فى أول المسألة

، و نحوها غيرها مما هو كثير، و يأتى بعضه.

(۲) كما هو المشهور. لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة، و الموجب إنما يوقع هذه الزوجية. بخلاف التحليل فإنه إذن فى الانتفاع من دون زوجية. و ظاهر النصوص الواردة فى المقام مشروعية التزويج و إيقاع الزوجية بين العبد و الأمة. و عن ابن إدريس: أنه إباحة، إما لجواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال، و لو كان عقد نكاح لم ينفسخ إلا بالطلاق، و نحوه من فواسخ النكاح. و فيه: أن الطلاق ليس انفساخا للعقد، و إنما هو إيقاع الفراق، و من الجائز أن يكون الأمر بالاعتزال يقتضى ذلك، أو يقتضى الانفساخ كغيره من أسباب الانفساخ. و إما

لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال (ع): يجزيه أن يقول: قد أنكحت فلانة، و يعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه و لو مداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك ..» «۱».

و فيه أن قوله (ع):

«قد أنكحتك»

ظاهر فى إيقاع الزوجية لا مجرد التحليل. فهو دليل على القول الأول، و لا سيما بملاحظة الأمر بإعطاء شىء، فان الظاهر منه أنه من باب المهر الذى لا يجب فى التحليل، كما ذكر ذلك فى المسالك.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

فلانة»، و لا يحتاج الى القبول منه أو من العبد (۱)، لإطلاق الأخبار (۲)،

---

(۱) كما اختاره فى المختلف، لأن القبول إنما يشترط فى حق من يملكه، و العبد هنا لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا ولاية طرفى العقد. و فى المسالك: «هو متجه، لأن اعتبار قبول العبد ساقط، و إيجاب المولى دال على قبوله، و المعتبر من القبول الدلالة على رضاه، فهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح». و ظاهر صدر كلامه كظاهر المختلف عدم اعتبار القبول فى المقام، و ظاهر ذيل كلامه اعتبار القبول، لكن من باب الدلالة على الرضا، فاذا علم الرضا من الإيجاب كفى. و يشكل الأخير: بأن الرضا النفسانى غير كاف فى القبول، و إنما المعتبر الرضا الإنشائى. و أما الأول فغير بعيد، إذ ليس الفرق بين المعانى العقدية و الإيقاعية أن الأولى تتعلق بغير الموجب، و الثانية لا تتعلق بغير الموجب، ضرورة أن كلا من النكاح و الطلاق يتعلق بغير الموجب، مع أن الأول معنى عقدى و الثانى إيقاعى. بل الفرق أن المعنى العقدى تحت سلطان الموجب و القابل، و المعنى الإيقاعى لا يكون إلا تحت سلطان الموجب فقط، و إنكاح المولى عبده لما لم يكن تحت سلطان العبد، بل هو تحت سلطان المولى فقط، كان معنى إيقاعياً.

(۲) كصحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبى جعفر (ع)

، و

خبره عن أبى جعفر (ع): «فى المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما، أ ينكحه نكاحا، أو يجزيه أن يقول: قد

أنكحتك فلانة و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال (ع): نعم و لو مداً. و قد رأيته يعطى الدراهم» «۱»

، و

مصحح الحلبى قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع):

(۱) الوسائل باب: ۴۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۳.

و لأن الأمر بيده (۱)، فإيجابه مغن عن القبول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك فى سائر المقامات، مثل الولى و الوكيل

الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال (ع): يقول قد أنكحتك فلانة، و يعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه و لو مداً من طعام أو درهما أو نحو ذلك» «۱».

و فى الجواهر- تبعاً لجامع المقاصد-: «و الخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أى ما يتعلق بالمولى من الإيجاب، لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد و لا من السيد الذى هو وليه، بل لعل دلالته على القبول أوضح كما فى كشف اللثام، للفظ الإنكاح. و اجتزأ به عن ذكر القبول لظهوره. فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقدية فى النكاح بحاله». و فى القواعد: «و لو زوج عبده أمته ففى اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحة».

و يظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناء على أنه عقد. و فى كشف اللثام:

التردد فى ذلك. و الانصاف أن النصوص لا تخلو من دلالة على عدم اعتبار القبول. و ما فى جامع المقاصد و الجواهر و غيرهما غير ظاهر.

(۱) قد عرفت وجهه. و فى الجواهر: «قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفى العقد و بين الاكتفاء فى الإيجاب عن القبول، فإن باقى الأولياء و إن جاز لهم تولى طرفى العقد لكن لا بد من ذكر صورة العقد.

اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالكاً لا أنه قائم مقام المولى عليه. و فيه:

أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد، لمعلومية كون النكاح من العقود».

و يظهر ما فيه مما عرفت من منع كونه من العقود فى الفرض، بل هو من الإيقاع، لأنه تحت سلطنة سلطان واحد.

(۱) الوسائل باب: ۴۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۲.

عن الطرفين (۱). و كذا إذا و كل غيره فى التزويج (۲)،

(۱) فإنه لما كان له سلطان على الإيجاب و القبول كان إيجابه فغنياً عن القبول، لأنه فى نفوذ إيجابه لا ينتظر قبول قابل، فيكون نافذاً بلا قبول القابل. اللهم إلا أن يقال: لما كان كل من الموكل و المولى عليه ذا سلطان فالوكيل فى إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لا سلطنة القابل، فلا يكون الإيجاب نافذاً إلا بعد إعمال سلطنة القابل، و إنما يكون ذلك بالقبول عنه، فلا ينفذ الإيجاب بدون القبول. اللهم إلاـ أن يقال: هذا إذا كان ولياً أو وكيلًا على الإيجاب و على القبول، أما إذا كان ولياً أو وكيلًا عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد، و هو جعل الزوجية بينهما، فإيقاعه للمضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول، لأنه مورد التسليط من الطرفين.

و كذا الكلام فى غير النكاح من العقود كالبيع و الإجارة و الرهن و الصلح و نحوها، فإنها من الإيقاع إذا و كل أحد الطرفين فيها

الآخر أو وكلا ثالثاً، و يكون المضمون حاصلا بمجرد حصول الإيجاب من الوكيل عن أحد الطرفين و الأصيل من الطرف الآخر، أو الوكيل عن الطرفين، لما عرفت من أن المعيار فی كون المفهوم عقداً أو إيقاعاً كونه تحت سلطنة واحدة أو سلطنتين متقابلتين، و لما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلًا بمجرد إيقاعه، فإذا وقع من الأصيلين كان عقداً، و إذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعاً. و ما فی المسالک من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول و الإيجاب فی عقد الولی على الطرفين و أنه لا يكتفی أحد من الفقهاء بلفظ واحد منه عنهما- ذكر ذلک فی مبحث الاجتزاء بالأمر عن القبول- غير مسموعة كما يظهر من تنزيل الشهيد فی شرح الإرشاد خبر سهل. فراجع.

(۲) يعنی: لا يحتاج الى القبول، لان فعل الوكيل كفعل الأصيل.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۴۷

فيكفی قول الوكيل: «أنكحتک أمة موكلی لعبده فلان»، أو «أنكحتک عبد موكلی أمته». و أما لو أذن للعبد و الأمة فی التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الإيجاب و القبول (۱).

[(مسألة ۱۷): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق]

(مسألة ۱۷): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق، بل يكفی أمره إياهما بالمفارقة (۲). و لا يبعد

---

(۱) لأن ظهور الاذن لهما بالفعل على وجه التشريک يقتضی اختصاص التسليط بجهته دون جهة الآخر، فلا بد من اعماله سلطان الآخر. نعم إذا كان الاذن لكل منهما فی التزويج مطلقاً كان كما لو أذن لأجنبی فی ذلک، و لا يحتاج الى القبول، كما ذكره فيما قبل.

(۲) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. كذا فی الجوهر.

و نحوه كلام غيره. و يشهد له النصوص،

كصحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع): عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال (ع): إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن اللّه تعالى يقول (عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ)، فليس للعبد شیء من الأمر. و إن كان زوجها حراً فان طلاقها صفقتها» «۱».

و

مصحح عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سمعته يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثمَّ اشتهاها قال له: اعتزلها، فاذا طمثت وطئها، ثمَّ يردها عليه إن شاء» «۲»

، و

صحيح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء» «۳».

و نحوها غيرها، و منه صحيح محمد بن مسلم المتقدم فی أول المسألة

. و فی كشف اللثام-

---

(۱) الوسائل باب: ۶۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۸.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ملحق حديث: ۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۴۸

جواز الطلاق أيضا بأن يأمر عبده بطلاقها، و إن كان لا يخلو من إشكال أيضا (۱).

[(مسألة ۱۸): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً]

(مسألة ۱۸): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره فى العقد أم لا. بل هو الأحوط (۲).

بعد الاستدلال به على المقام- قال: «و يشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع، للاحتياط، و عدم نصوص الاخبار». لكن الاحتياط لا يجب مع وجود الحجة. و عدم نصوصيتها لا تقدح إذا كان لها ظهور، فان الظهور حجة كالنص.

(۱) فيه نوع دلالة على التوقف فى صحة الطلاق، مع أنه ادعى الإجماع عليه فى كلام جماعة. و فى الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه.

و فى جامع المقاصد: «إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فان طلاقها و إزالة عقد نكاحها هو بيد المولى و لا دخل للعبد فيه إجماعاً». و فى الحدائق:

«لا- خلاف نصاً و فتوى- فيما أعلم- فى أنه إذا زوج السيد عبده أمته فإن الطلاق بيد السيد، و له أن يأمره به، و إن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق». و نحوه كلام غيرهم. نعم فى الجواهر: «قد تشكل صحته (يعنى: الطلاق) من العبد بإذن السيد إذا لم يكن بطريق الوكالة».

و كأنه لأجل أن المفهوم من النصوص أن الطلاق من وظائف السيد، فلا يصح من غيره إذا لم يكن وكيلا عنه. و فيه: أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه، لا أنه لا يصح إلا بالمباشرة أو التوكيل.

(۲) فإن المحكى عن الشيخين، و ابنى حمزة و البراج، و أبى الصلاح:

الوجوب. للنصوص المتقدمة فى مسألة عدم اعتبار قبول العبد فى إنكاحه أمه مولاه، المتضمنة للأمر بإعطائها مداً من طعام، أو درهماً، أو نحو

و تملك الأمة ذلك بناء على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

[(مسألة ۱۹): إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة]

(مسألة ۱۹): إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة فلهم أيضا الأمر بالمفارقة بدون الطلاق (۱). و الظاهر كفاية أمر

ذلك. لكن الأكثر- كما قيل- على الاستحباب. و فى كشف اللثام: نسبه الى المفيد أيضاً. للأصل، و عدم التنصيص على الوجوب. لكن الأصل لا- مجال له مع الدليل و عدم التنصيص لا يقدح فى الحجية مع وجود الظاهر. و فى الجواهر: استدل على الاستحباب بالأصل، و عدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه: ضرورة أن مهر الأمة لسيدها، كعدم تصور استحقاق ماله عليه مالًا. انتهى و هو كما ترى، بناء على التحقيق من ملكية العبد و لو فى الفرض. و كذا بناء على عدمها، لامكان وجوب تمكينها من المهر و إن لم يكن ملكاً لها. و مثله الاشكال بعدم ظهور الخبرين فى كون المدفوع مهراً، مع أن المدعى ذلك، فالدليل لا يثبت الدعوى، و الدعوى لا دليل عليها. إذ فيه: أنه إن تمَّ ذلك منع من القول بكون المدفوع مهراً، لا من القول بوجوب الدفع.

ثمَّ إن الظاهر عدم كون المدفوع مهراً بقرينة أنه لم يذكر فى ضمن الجملة الإنشائية، و إنما ذكر الأمر به بعد ذلك، فان قام إجماع على عدم وجوب دفع غير المهر تعين حمل النصوص على الاستحباب، و إلا لزم الأخذ بظاهرها و البناء على وجوب الدفع تعبداً.

(۱) کما نص على ذلک فی الشرائع، و القواعد، و غیرهما. و یظهر من شراحهما کونه من المسلمات، معللین له بأنه مقتضی انتقال الملک إلیهم.

بل فی المسالک هنا أولى، لقیامه مقام المورث الذی کان أمره بیده.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۰

أحدهم فی ذلک (۱).

[(مسألة ۲۰): إذا زوج الأمة غیر مولاها من حر]

(مسألة ۲۰): إذا زوج الأمة غیر مولاها (۲) من حر فأولدها جاهلا بکونها لغیره، علیه العشر أو نصف العشر لمولاها، و قیمة الولد. و یرجع بها على ذلک الغیر، لأنه کان مغروراً من قبله (۳). کما أنه إذا غرته الأمة بتدلیسها و دعواها

---

(۱) إن کان المراد کفایة أمر أحدهم فی حرمة الوطء ففی محله، لعدم جواز التصرف بدون إذن المالک، و إن کان مالکاً جزءاً مشاعاً. و إن کان المراد الخروج عن الزوجیة بذلک، فلا یخلو من إشکال، لأن الخروج عن الزوجیة کالدخول فی الزوجیة تحت سلطة جمیع المالکین، فلا یستقل به أحدهم. اللهم إلا أن یقال: إذا حرم الوطء فقد بطلت الزوجیة، إذ لا مجال لانتزاعها حینئذ. و لذا استفید بطلان عقد التزویج من تحریم وطء الأم و غیرها من ذوات المحارم.

(۲) هذا مورد صحیح الولید بن صبیح المتقدم فی المسألة الثانیة عشرة، المتضمن ضمان الزوج لمولى الأمة العشر أو نصف العشر. و أما ضمان قیمة الولد فیمکن استفادته مما یأتی، و من موثق سماعة المتقدم هناک.

(۳) إشارة إلى قاعدة الغرور، المستفادة من

النبوی: «المغرور یرجع على من غره» «۱»

، المعول علیها فی جملة من الموارد اتفاقاً. و یقتضیها أیضاً

خبر محمد بن سنان عن إسماعیل بن جابر قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع):

عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقیل: هی ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوجنی ابنتک، فزوجه غیرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غیر ابنته، و أنها أمة، قال (ع): ترد الولیدة على موالیها. و الولد

---

(۱) هذا الحدیث و ان وجد فی بعض الکتب الفقهیة الا ـ أنه لم نعثر علیه بعد الفحص فی کتب الحدیث للعامة و الخاصة و بعد الاستعانة ببعض الفهارس المعدة لضبط السنة النبویة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۱

الحریة تضمن القیمة (۱)، و تتبع به بعد العتق. و کذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدین على حریتها (۲).

[(مسألة ۲۱): لو تزوج أمة بین شریکین بإذنهما ثمَّ اشترى حصة أحدهما]

(مسألة ۲۱): لو تزوج أمة بین شریکین بإذنهما ثمَّ اشترى حصة أحدهما أو بعضها أو بعضا من حصة کل منهما بطل نکاحه، و لا یجوز له بعد ذلک وطؤها (۳).

للرجل. و على الذی زوجه قیمة ثمن الولید یعطیه موالی الولیدة کما غر الرجل و خدعه» «۱».

و

خبر رفاعة بن موسی قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع):

الی أن قال:

و سألته عن البرصاء. قال: قضـی أمیر المؤمنین (ع) فی امرأة زوجها ولیها و هی برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، و أن المهر علی الذی زوجها، و أنه صار علیه المهر، لأنه دلسـها. و لو أن رجلا تزوج امرأة و زوجه إیاها رجل لا یعرف دخیلة أمرها لم یکن علیه شیء و کان المهر یأخذه منها» «۲».

و ربما یستفاد أیضا من غیرها. لکنه قاصر عن إفادة العموم، و إنما یدل علیها فی موارد خاصة. و العمدة ما ذکرنا.

و الأول یدل علی الرجوع بقیمة الولد بالخصوص.

(۱) کما مال إلیه فی الجواهر، لما ذکر من القاعدة.

(۲) کما عن الحلی فی السرائر، مدعیاً نفی الخلاف فی ذلک و أن الإجماع منعقد علیه. و هو مقتضی قاعدة الغرور المتقدمة.

(۳) علی المشـهور، بل إجماعاً إذا لم یرض الشـریک الآخر. لعدم التبعیض فی أسباب النکاح ابتداء و استدامة، کما یقتضیه ظاهر قوله تعالی:

(إِلّا عَلی أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ)* «۳»، و

موثق سماعة: «سألته

---

(۱) الوسائل باب: ۷ من أبواب العیوب و التدلیس حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲ من أبواب العیوب و التدلیس حدیث: ۲.

(۳) المعارج: ۳۰.

و کذا لو کانت لواحد و اشتری بعضها (۱). و هل یجوز له وطؤها إذا حللها الشریک؟ قولان، أقواهما: نعم، للنص (۲).

عن رجلین بینهمـا أمـة فزوجاها من رجل، ثمَّ إن الرجل اشتری بعض السـهمین. فقال (ع): حرمت علیه باشترائه إیاها. و ذلک أن بیعها طلاقها. إلا أن یشتریها من جمیعهم» «۱»

و عن النهایة: جواز الوطء إذا رضی الشریک بالعقد، و تبعه علیه القاضی. و دلیله غیر ظاهر فی قبال ما عرفت. و لذا قال فی الشرائع: «و لو أمضی الشریک الآخر العقد بعد الابتیاع لم یصح. و قیل: یجوز له وطؤها بذلک. و هو ضعیف».

(۱) لما ذکر، فان قوله (ع):

«و ذلک أن بیعها طلاقها»

بمنزلة العام الشامل للمقام.

(۲) و هو

صحیـح محمـد بن قیس المروی فی الکـافی و التهـذیب عن أبی جعفر (ع) قـال: «سألته عن جاریـة بین رجلین دبراها جمیعاً، ثمَّ أحل أحدهما فرجها لشریکه. قال (ع): هو له حلال. و أیهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذی مات و نصفها مدبراً. قلت: أرأیت إن أراد البـاقی منهمـا أن یمسـها، أ له ذلک؟ قال (ع): لا، إلا أن یثبت عتقها، و یتزوجها برضا منها متی ما أراد. قلت له: أ لیس قد صار نصفها حراً قد ملکت نصف رقبتها، و النصف الآخر للباقی منهما؟

قال (ع): بلی. قلت: فإن هی جعلت مولاها فی حل من فرجها و أحلت له ذلک. قال (ع): لا یجوز له ذلک. قلت: لم لا یجوز لها ذلک کما أجزت للذی کان له نصفها حین أحل فرجها لشریکه منها؟ قال (ع):

إن الحرة لا- تهب فرجها، و لا- تعیره، و لا تحلله. و لکن لها من نفسها یوم و للذی دبرها یوم، فإن أحب أن یتزوجها متعة بشیء فی الیوم الذی

---

(۱) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۳

و کذا لا یجوز وطء من بعضه حر إذا اشتری نصیب الرقیة لا بالعقد، و لا بالتحلیل منها. نعم لو هایأها فالأقوی جواز التمتع بها (۱) فی الزمان الذی لها، عملًا بالنص الصحیح،

تملک فیه نفسها فیتمتع منها بشیء قل أو کثر» «۱».

و رواه الشیخ بطریق فیه علی بن فضال

«۲»، و الصدوق فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع)

«۳». و ما قواه المصنف حکی عن ابن إدریس و جماعة، منهم الشهید فی اللمعة. و فی الشرائع: «و لو حللها، قیل: تحل.

و هو مروی. و قیل: لا، لأن سبب الاستباحة لا یتبعض». و یشکل ما ذکره أخیراً بأن التحلیل نوع من الملک، کما عرفت، فلا تبعض، کما أشار إلیه فی کشف اللثام بعد أن قوی الجواز. مع أنه لا مجال لرد النص و الأخذ بالقواعد العامة لو تمت. فاذاً الجواز متعین. و من الغریب نسبة الضعف إلی الروایة فی المسالک و غیرها، مع أنها مرویة فی الکافی و التهذیب عن محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع) بطریق صحیح

«۴»، و فی الفقیه عن محمد بن مسلم عنه (ع) بطریق صحیح أیضا

«۵»، و رویت فی التهذیب فی أوائل کتاب النکاح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع) بطریق فیه علی بن فضال

«۶»، فیکون من الموثق.

(۱) کما عن الشیخ، و جماعة. و فی الشرائع: «قیل: یجوز أن

---

(۱) الکافی الجزء: ۵ صفحة: ۴۸۲. التهذیب الجزء: ۸ الصفحة: ۲۰۳، الوسائل باب:

۴۱ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱ و ملحقة الأول.

(۲) الوسائل باب: ۴۱ من أبواب نکاح العبید و الإماء الملحق الثانی لحدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۴۱ من أبواب نکاح العبید و الإماء الملحق الثالث لحدیث: ۱.

(۴) الکافی الجزء: ۵ صفحة: ۴۸۲، التهذیب الجزء: ۸ صفحة: ۲۰۳ الطبعة الحدیثة.

(۵) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة: ۲۹۰ الطبعة الحدیثة.

(۶) التهذیب الجزء: ۷ صفحة: ۲۴۵ الطبعة الحدیثة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۴

و إن کان الأحوط خلافه.

[فصل فی الطوارئ]

اشارة

فصل فی الطوارئ و هی العتق، و البیع، و الطلاق. أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة کان لها فسخ نکاحها إذا کانت تحت عبد (۱)

یعقد علیها متعة فی الزمان المختص بها. و هو مروی. و فیه تردد، لما ذکرنا من العلة». و یشکل بأن النص الصحیح المعول علیه عند الشیخ و اتباعه لا مجال لرده بالعلة المذکورة، و إن عول علیها المشهور، کما قیل.

کما لا ـ مجال لما فی المسالک من أن منافع البضع لا تدخل فی المهایاة و إلا لحل المتعة بغیره فی أیامها، و هو باطل اتفاقاً. لإمکان منع الملازمة بین الحکمین، و جواز التفکیک بین الفرضین، کما ذکر فی الجواهر.

فصل فی الطوارئ

(۱) بلا ـ خلاف، و لا إشکال. بل فی الریاض: «إذا کانت تحت عبـد إجماعاً من المسلمین، کما حکاه جماعـة». و یشـهد به النصوص المستفیضة،

کمصحح الحلبی قال: «سألت أبا عبـد اللّه (ع): عن أمـة کانت تحت عبد فأعتقت الأمة. قال (ع): أمرها بیدها إن شاءت ترکت نفسـها مع زوجها، و إن شاءت نزعت نفسها منه. قال: و ذکر أن بریرة کانت عنـد زوج لها و هی مملوکـة، فاشترتها عائشـة فأعتقتها، فخیرها رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله ..» «۱»

، و

موثق عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه (ع):

---

(۱) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۵

بل مطلقاً و إن کانت تحت حر علی الأقوی (۱). و الظاهر عدم

«أنه کان لبریرة زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول اللّه (ص) اختاری» «۱» []

، و

صحیح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبـد اللّه (ع): عن المملوکـة تکون تحت العبد ثمَّ تعتق. فقال (ع): تتخیر، فان شاءت أقامت علی زوجها، و إن شاءت فارقته» «۲».

و نحوها غیرها.

(۱) علی المشهور، و منهم الشیخ فی النهایة، و المحقق فی المختصر النافع.

لجملة من النصوص، منها

خبر محمد بن آدم عن الرضا (ع): «إذا أعتقت الأمة و لها زوج خیرت إن کانت تحت عبد أو حر» «۳».

و نحوه خبر زید الشحام عن أبی عبد اللّه (ع)

«۴»، و إطلاق

خبر الکنانی: «أیما امرأة أعتقت فأمرها بیدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقته» «۵».

و خصوص

مرسل عبد اللّه بن بکیر عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل حر نکح أمة مملوکة ثمَّ أعتقت قبل أن یطلقها. قال (ع): هی أملک ببضعها» «۶».

و عن الشیخ فی المبسوط و الخلاف: نفی الخیار. و فی الشرائع: أنه أشبه. و عن شرح النافع: أنه متعین. لضعف النصوص المذکورة سنداً، فلا تصلح لإثبات حکم مخالف للأصل. و یشکل بأن ضعف النصوص مجبور بعمل المشهور بها و اعتمادهم علیها. و لا سیما بملاحظة

قول النبی (ص) لبریرة: «ملکت

(۱) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۹.

(۲) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۷.

(۳) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱۲.

(۴) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱۳.

(۵) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۸.

(۶) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۵۶

الفرق بین النکاح الدائم و المنقطع (۱). نعم الحکم مخصوص بما إذا أعتق کلها، فلا خیار لها مع عتق بعضها على الأقوى (۲) نعم إذا أعتق البعض الآخر أیضاً- و لو بعد مدة- کان لها الخیار (۳).

[(مسألة ۱): إذا کان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر]

(مسألة ۱): إذا کان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر. و هل هو لمولاها أو لها؟ تابع للجعل فی العقد (۴)،

بضعک فاختاری» «۱»

فإنه بمنزلة التعلیل الشامل لغیر مورده. لکن لم أعثر على ذلک فی روایاتنا.

(۱) کما یقتضیه إطلاق النص و الفتوى. و قد یحتمل عدم الخیار فی المنقطع، لأنه کالإجارة لا تنفسخ بالعتق. و لکنه کما ترى.

(۲) کما نص على ذلک فی القواعد و غیرها. و یقتضیه الأصل و قصور النصوص و الفتوى عن شمول الفرض، کما ذکر ذلک فی کشف اللثام و غیره.

و یظهر من عبارة المصنف أنه محل خلاف. لکن نسبة الخلاف فی کشف اللثام الى بعض الشافعیة یدل على الاتفاق علیه عندنا، کما هو ظاهر الجواهر أیضا.

(۳) کما یستفاد من

قوله (ع): «هی أملک ببضعها»

، و إن کان مقتضى الجمود علیها الاقتصار على صورة عتق الکل. لکن منصرفها صیرورتها بتمامها حرة، و لو بالتدریج.

(۴) قد تقدم فی المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الأمة المزوجة لمولاها، و دعوى الاتفاق علیه من جماعة. فلا وجه ظاهر لهذا التردد فی المقام، و التفصیل. و لذا قال فی الجواهر: «و إن اختارت الفراق فی موضع ثبوته

(۱) لم نعثر علیه فی کتب الحدیث، نعم ورد ما یدل علیه فی نصوص کثیرة، راجع الوسائل باب: ۵۲ من أبواب نکاح العبید و الإماء، و مستدرک الوسائل باب: ۳۶ من أبواب نکاح العبید و الإماء، و المرط باب: ۱۰ من کتاب الطلاق.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۷

فان جعل لها فلها و إلا فله. و لمولاها فی الصورة الأولی تملکه کما فی سائر الموارد، إذ له تملک مال مملوکه (۱) بناء علی القول بالملکیة. لکن هذا إذا کان قبل انعتاقها (۲). و أما بعد انعتاقها فلیس له ذلک (۳). و إن کان قبل الدخول (۴) ففی سقوطه، أو سقوط نصفه، أو عدم سقوطه أصلًا، وجوه، أقواها: الأخیر (۵)، و إن کان مقتضی الفسخ

بعد الدخول کان المهر ثابتاً لمولاها بلا خلاف أجده فیه، بل و لا إشکال إذا کان العتق بعد الدخول». إلا أن یقال: إن ما سبق یختص بصورة ما إذا أطلق المهر، و المقام یختص بما إذا عین للمولی، أو لها، أو أطلق.

لکن ذلک لا یناسب عبارة المتن.

(۱) لأنه تحت سلطانه مطلقاً.

(۲) یعنی: التملک.

(۳) لخروجه عن سلطانه بحریة مالکه، الموجبة لسلطنته علیه.

(۴) یعنی: العتق و الفسخ أیضا.

(۵) قال فی المسالک: «إن کان (یعنی: الخیار) قبله سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها». و نحوه فی کشف اللثام. و فی الجواهر: «إذا اختارت الفراق فی موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غیر خلاف یعرف فیه، لکون الفسخ منها قبل الدخول، و لأنه کتلف المبیع قبل قبضه، و لکون النکاح کالمعاوضة المبنیة علی التسلم بالتسلیم. لکن قد یناقش بثبوت المهر بالعقد. و کون الفسخ من قبلها علی تقدیر اقتضائه سقوط المهر إنما یؤثر لو کان المهر لها لا إذا کان لغیرها. و القیاس علی تلف المبیع قبل قبضه باطل عندنا. و بناء هذه المعاوضة علی احتمال جریان أمثال هذه العوارض

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۵۸

الأول، و ذلک لعدم معلومیة کون المقام من باب الفسخ، لاحتمال کونه من باب بطلان النکاح مع اختیارها المفارقة.

و القیاس علی الطلاق فی ثبوت النصف لا وجه له.

[(مسألة ۲): إذا کان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]

(مسألة ۲): إذا کان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده فان کان المهر جعل لها فلها. و إن جعل للمولی، أو أطلق، ففی کونه لها أوله قولان، أقواهما: الثانی، لأنه

فیها». و ما ذکره من المناقشة متین، إلا ما ذکره من ثبوت المهر بالعقد فإنه لا یقتضی بقاء المهر، لکون المفروض انفساخ العقد باختیار الفراق، و بعد انفساخه لا یبقی لمضمونه أثر، فضلًا عن الشرط المذکور فیه.

نعم احتمل المصنف (ره) أن اختیار الفراق فی المقام لیس من باب الفسخ، بل من باب بطلان النکاح مع اختیارها المفارقة. و لم یتضح الفرق بین الفسخ و البطلان فیما نحن فیه، لأنه إذا بطل النکاح فقد بطل المهر، لأنه شرط فیه، و بالجملة: فبقاء المهر مع الفسخ- الذی ذکره فی الجواهر- أو مع البطلان- الذی ذکر فی المتن- غیر ظاهر. نعم یمکن دعوی منع حصول الفسخ و البطلان باختیار الفراق، و احتمال أن یکون نظیر الطلاق. غایة الأمر أن إیقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج و إیقاع هذا الفراق من الزوجة. و لا یأبی

قوله (ع) فی الصحیح الأول: «و إن شاءت نزعت نفسها منه»

، و

قوله (ع) فی الصحیح الأخیر: «و إن شاءت فارقته» «۱»

أن یکون من قبیل الفراق المجعول ضد الزوجیة، لا نقض الزوجیة المجعولة. و حینئذ یکون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف (ره).

و حمل الفراق فی المقام على الطلاق فی تنصیف المهر، لا وجه له. فالعمل بالأصل متعین.

---

(۱) تقدم التعرض لهما فی أول هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۵۹

ثابت بالعقد (۱) و إن کان یستقر بالدخول، و المفروض أنها کانت أمة حین العقد (۲).

[(مسألة ۳): لو کان نکاحها بالتفویض]

(مسألة ۳): لو کـان نکاحها بالتفویض، فان کان بتفویض المهر (۳) فالظاهر ان حاله حال ما إذا عین فی العقـد (۴) و إن کان بتفویض البضع (۵)، فان کان الانعتاق بعـد الـدخول و بعـد التعیین، فحاله حال ما إذا عین حین العقـد (۶). و إن کان قبل الـدخول، فالظاهر أن المهر لها (۷)، لأنه یثبت

---

(۱) على الأصح، کمـا فی المسالک، و التحقیق، کما فی الجواهر، و نحوهما ما فی غیرهما: لوضوح أنه مـذکور فی العقـد، فاذا صح ثبت.

و قیل: یثبت بالدخول، و لذا یتنصف بالطلاق قبل الدخول. و فیه:

أنه حکم على خلاف القاعدة قام علیه الدلیل. على أن ثبوت النصف حینئذ یدل على عدم استقلال الدخول فی ذلک.

(۲) فیکون مهرها لمولاها. و إذا قلنا بأن المهر یثبت بالدخول لا بالعقد اتجه حینئذ ثبوت المهر لها، لأن الدخول کان فی حال الحریة.

(۳) بـأن یـذکر المهر فی العقـد و یفوض تعیینه الى أحـد الزوجین بعینه، أو و لو مطلقاً لا بعینه، أو و لو إلیهما معا، أو و لو الى أجنبی، على خلاف فی ذلک.

(۴) کما فی کشف اللثام و الجواهر. لأن المهر حینئذ یکون بالعقد، فتجری فیه أحکام الصور الثلاث للمهر المعین فی العقد.

(۵) بأن لا یذکر المهر فی العقد أصلًا، لا إجماعا، و لا تفصیلًا.

(۶) لان التعیین اللاحق کالتعیین فی العقد نافذ. و إن کان العتق بعد الدخول بلا تعیین تعین مهر المثل. و یکون للسید فی الفرضین.

(۷) یعنی: إذا دخل بها قبل اختیار الفراق. أما إذا اختارت الفراق

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۶۰

حینئذ بالدخول، و المفروض حریتها حینه.

[(مسألة ۴): إذا کان العتق فی العدة الرجعیة فالظاهر أن الخیار باق]

(مسألة ۴): إذا کان العتق فی العدة الرجعیة فالظاهر أن الخیار باق (۱)، فان اختارت الفسخ لم یبق للزوج الرجوع حینئذ، و إن اختارت البقاء بقی له حق الرجوع. ثمَّ إذا اختارت الفسـخ لا تتعدد العدة، بل یکفیها عدة واحدة (۲) و لکن علیها تتمیمها عدة الحرة (۳). و إن کانت العدة بائنة فلا خیار لها على الأقوى (۴).

قبل الـدخول فلا مهر لها، و لا للسيـد، لعـدم المقتضـى له، لا عقـد، و لا دخول، إلا إذا قلنا بأن صـداق المفوضـة يجب بالعقد و إن لم يفرض لها، و إنما الفرض كاشف عن قدر الواجب، فهو للسيد، كما ذكر فى القواعد و كشف اللثام و الجواهر.

(۱) لأنها بحكم الزوجة. و لضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر، كما فى كشف اللثام و غيره.

(۲) نص على ذلک كله فى القواعد و غيرها. و يقتضيه إطلاق الأدلة.

و لا مجال للرجوع إلى أصالة عدم التداخل، لأنها خلاف المرتكزات العرفية فى المقام.

(۳) لصيرورتها حرة. لكن الاكتفاء بذلک يقتضـى إلغاء سببية الفسخ للعدة، و هو أمر زائد على التداخل، و وجهه غير ظاهر، لأنه إلغاء لسببية الفسـخ من غير وجه، و الارتكاز إنما يساعـد على التـداخل، لا على إلغاء السـببية بالمرة. نعم ما فى المتن مذكور فى القواعد و غيرها، و يظهر منهم المفروغية عنه، فان كان إجماعاً فهو، و إلا فالمتعين استئناف عدة الحرة للفسخ.

(۴) كما فى الجواهر. لأنها حينئذ ليست زوجة، و نصوص الخيار

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۶۱

[(مسألة ۵): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]

(مسألة ۵): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم (۱).

[(مسألة ۶): الخيار على الفور]

(مسألة ۶): الخيار على الفور (۲) على الأحوط، فوراً عرفياً. نعم لو كانت جاهلة بالعتق، أو بالخيار، أو

مختصة بالزوجة «۱». و كـذا لو أعتقت فى أثناء العـدة الرجعية فلم تفسخ لعدم علمها الى أن خرجت عن العدة، فإنها لا خيار لها حينئذ لخروجها عن الزوجية حقيقة و حكماً. و الظاهر أن ذلک مما لا إشـكال فيه، و إن كان قول المصنف (ره): «على الأقوى» يشعر بوجود الخلاف، لكنى لم أعثر عليه، و لا على إشكال فيه.

(۱) كما نص على ذلک فى القواعد. و فى كشف اللثام: «للشافعية وجه بالافتقار». و ظاهره أنه لا خلاف فيه بيننا.

(۲) كمـا نص على ذلک فى الشـرائع و القواعـد. و فى المسالک: «يظهر من الجماعـة الاتفاق عليه». و فى كشف اللثام: «اتفاقاً كما هو الظاهر».

و فى الحدائق: «ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه». و فى الرياض: أنه متفق عليه عند الجماعة، كما حكاه طائفة.

و استدل له بلزوم الاقتصار على المتيقن فى فسـخ العقـد اللازم. و مرجعه الى التمسک بعمومات اللزوم عنـد الشک فيه، فان عمومات اللزوم كمـا لهـا عموم أفرادى لهـا عموم أزمانى، فإذا دل الـدليل على عـدم اللزوم فى زمان و شک فيما بعـده من الأزمنـة فى اللزوم و عـدمه تعين الرجوع الى عموم اللزوم الأزمـانى فى الزمـان المشـكوک. و يشـكل بأن ذلک و إن سلـم، فإنما يصـح إذا لم يكن لـدليل الخيـار إطلاـق، و إلاـ كان إطلاقه مقـدما على العموم الأزمانى، ففى الزمان المشـكوک يرجع الى إطلاق الخيار، لا إلى إطلاق اللزوم الأزمانى.

فلاحظ، فاذاً العمدة هو الاتفاق المدعى فى المقام على الفورية.

(۱) تقدم التعرض لها فى أول هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۲

بالفوریة جاز لها الفسخ بعد العلم (۱)، و لا یضره التأخیر حینئذ.

[(مسألة ۷): إن کانت صبیة أو مجنونة فالأقوی أن ولیها یتولی خیارها]

(مسألة ۷): إن کانت صبیة أو مجنونة فالأقوی أن ولیها یتولی خیارها (۲).

---

(۱) أما فی الأول: فمقطوع به، کما فی کشف اللثام. و أما فی الأخیرین: فاحتمل فی القواعد السقوط، و عدمه، و الفرق بینهما. و علل الأول فی کشف اللثام: بأن الثبوت خلاف الأصل فیقتصر فیه علی المتیقن، و لأن الرضا بعد العلم بملکها بضعها بمنزلة العقد بعده، و لأن الجهل لو کان عذراً لکان النسیان کذلک. و فی الجمیع منع ظاهر، إذ دلیل الخیار یقتضی الثبوت فی غیر مورد الإجماع علی السقوط. و المشابهة فی الثانی ممنوعة.

و الملازمة فی الثالث کذلک. مع أنه لا دلیل علی بطلان اللازم، بل فی المسالک: إلحاق النسیان بالجهل. و العمدة فی الحکم فی الجمیع عدم تمامیة الإجماع علی السقوط، و مقتضی إطلاق الدلیل ثبوته. و منه یظهر الإشکال فی احتمال الفرق بینهما. و توجیهه بأنه مع العلم بالخیار إذا أخرت الفسخ فقد رضیت بالإجازة، و لاندفاع الضرر بإثبات الخیار لها مع العلم و إن لم تعلم الفوریة. کما تری، إذ الأول ممنوع. و الثانی مبنی علی ثبوت الخیار بالضرر، و هو ممنوع، لقیام الدلیل علیه، فیؤخذ بإطلاقه ما لم یقم إجماع علی خلافه، کما عرفت.

(۲) یظهر من الجواهر احتماله إن لم یکن إجماع علی خلافه. و فی القواعد: «لو أعتقت الصغیرة اختارت عند البلوغ، و المجنونة عند الرشد.

و لیس للولی الاختیار هنا، لأنه علی طریقة الشهوة». و ظاهر کشف اللثام: المفروغیة عنه. و فی الحدائق: «قالوا لیس للولی هنا ..».

و ظاهره النسبة إلی الأصحاب. لکن التعلیل المذکور فی القواعد کما تری، إذ الشهوة لا تزاحم المصلحة، و لذا یصح تصرف الولی لو زوجها بمن

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۳

[(مسألة ۸): لا یجب علی الزوج أعلامها بالعتق أو بالخیار إذا لم یعلم]

(مسألة ۸): لا یجب علی الزوج أعلامها بالعتق أو بالخیار إذا لم یعلم، بل یجوز له إخفاء الأمر علیها (۱).

[(مسألة ۹): ظاهر المشهور عدم الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها أو آذنها]

(مسألة ۹): ظاهر المشهور عدم الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها أو آذنها فاختارت هی زوجاً برضاها (۲). و لکن یمکن دعوی انصراف الاخبار الی صورة مباشرة المولی بلا اختیار منها (۳).

[(مسألة ۱۰): لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها فالظاهر صحته]

(مسألة ۱۰): لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها فالظاهر صحته (۴).

شاء إذا کان مصلحة لها، کما لا یخفی. فالعمدة فی الاشکال فی ذلک عدم ثبوت العموم الدال علی ولایة الولی بحیث یشمل المقام.

و لأجل ذلک کان الإشکال فی صحة هبة المدة من الولی فی النکاح المنقطع، إذ لا عموم فی دلیل الولایة یقتضی ذلک. فلاحظ.

(۱) للأصل بعد عدم الدلیل علی الوجوب. و کذا لا یجب علی المالک أعلامها بذلک، لما ذکر.

(۲) کما یقتضیه إطلاق کلامهم.

(۳) لکن الدعوی المذکورة ضعیفة، و الانصراف بدوی لا یعتد به فی رفع الید عن إطلاق النصوص.

(۴) قال فی الشرائع فی کتاب العتق: «لو شرط علی المعتق شرطاً فی نفس العتق لزم الوفاء به». و نحوه فی القواعد و غیرها. و الظاهر أنه لا اشکال فیه، و لا خلاف. و یقتضیه النصوص الکثیرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة، أو شرط المال، أو غیر ذلک. مضافا الی احتمال عموم السلطنة، و أن العبد تحت سلطان المولی حتی بالإضافة إلی ذمته،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۴

[(مسألة ۱۱): لو أعتق العبد لا خیار له، و لا لزوجته]

(مسألة ۱۱): لو أعتق العبد لا خیار له (۱)، و لا لزوجته (۲).

فله إشغالها بما شاء. و لأجل ذلک یظهر أنه لا حاجة الی قبول العبد، کما هو مذهب جماعة، منهم المحقق فی ظاهر کلامه. خلافاً لآخرین، للشک فی صدق الشرط بدون الرضا، فلم یثبت عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» «۱»

له. و فیه: ما لا یخفی. و فی القواعد: استقرب العدم فی شرط الخدمة، دون المال، لأن الخدمة من المنافع المملوکة للمولی، دون المال. و فیه:

أنه لو قیل بعدم ملک المال فهو أیضا تحت سلطان المولی إن کان موجوداً.

نعم إذا لم یکن موجوداً فلا سلطنة للمولی علیه. لکن سلطنة المولی علی الذمة تقتضی قدرته علی اشغالها بما یشاء من المال. و من ذلک یظهر أن صحة اشتراط الخدمة لیس من قبیل استثناء المنافع، بل هو من قبیل إشغال ذمة العبد بها، لأنها تحت سلطانه. فلاحظ.

(۱) علی المشهور شهرة عظیمة، بل لم یعرف الخلاف فیه إلا عن ابن الجنید، فاثبت له الخیار، قیاساً علی الأمة، و عن ابن حمزة، فأثبت له الخیار إذا کان قد أکرهه علی النکاح. و عن المختلف: موافقته فی ذلک لأنه کالحر المکره. و الاشکال علیهما ظاهر، إذ القیاس لیس بحجة.

و الحر المکره مسلط علی نفسه، فیمکن أن یکون الإکراه له مانعاً من نفوذ سلطانه علی نفسه، بخلاف العبد، لأنه تحت سلطان المولی، و لا سلطان له علی نفسه. هذا و فی الریاض موافقتهما فی ذلک بشرط استمرار الکراهة الی حال الاختیار. و کأنه لأن الکراهة فی حال الحریة من قبیل الإکراه للحر. و فیه: أن الإکراه للحر مانع من الصحة، و لا مجال لذلک هنا، کما عرفت، لا أنه یثبت الاختیار، کی یلحق به المقام.

(۲) بلا خلاف، لأنها رضیت به عبداً فأولی أن ترضی به حراً،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۵

[(مسألة ۱۲): لو کان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدی الأمتین]

(مسألة ۱۲): لو کان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدی الأمتین فهل لها الخیار أو لا؟ وجهان (۱). و علی

کما ذکر
فی خبر علی بن حنظلة عن أبی عبد اللّه (ع): «فی رجل زوج أم ولد له من عبد، فأعتق العبد بعد ما دخل بها. هل یکون لها الخیار؟
قال (ع): قد تزوجته عبداً و رضیت به فهو حین صار حراً أحق أن ترضی به» «۱»
، و نحوه خبر أبی بصیر
«۲». (۱) قد تقدم أنه لا یجوز للعبد أن یتزوج حرتین و أمة، و له أن یتزوج أمتین و حرة. و فی المقام بعد عتق إحدی الأمتین یکون العبد قد جمع بین حرتین و أمة، و لما لم یجز ذلک کان اللازم بطلان زوجیة الجمیع، لعدم المرجح. لکن الظاهر إلحاق المقام بما إذا أسلم الزوج عن أکثر من أربع، حیث ذکروا أنه یختار أربعاً و یترک الباقی. فإذا کان حکم الزوج الاختیار أشکل البناء علی ثبوت الخیار للزوجة، و إن کان مقتضی إطلاق الدلیل ذلک، لکن تمکن دعوی انصرافه عن صورة تزلزل حال المرأة من جهة أن للزوج اختیار غیرها، فیبطل نکاحها. و فیه: أن هذا المقدار من التزلزل لا یستوجب الانصراف المعتد به، لإمکان أن یکون الخیار لکل من الزوج و الزوجة، فثبوت الخیار للزوج لا- یوجب قصور دلیل الخیار للزوجة عن شمول الفرض، نظیر ما لو کان العتق فی أثناء العدة الرجعیة.
مضافاً الی أن ذلک لو تمَّ فإنما یقتضی نفی خیارها قبل اختیار الزوج، لا- مطلقاً، فلو اختارها الزوج کان لها الخیار، لانتفاء المانع المذکور.
و یحتمل بعیداً أن یکون تردد المصنف (ره) من جهة احتمال بطلان نکاحها بمجرد العتق، و عدم الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أکثر

---

(۱) الوسائل باب: ۵۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۵۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۶

الأول: إن اختارت البقاء، فهل یثبت للزوج التخییر أو یبطل نکاحها؟ وجهان (۱). و کذا إذا کان عنده ثلاث أو أربع إماء (۲) فأعتقت إحداها. و لو أعتق فی هذا الفرض جمیعهن

من أربع. إذ لا دلیل علی هذا الإلحاق بعد کون الحکم هناک خلاف مقتضی القاعدة، لأن عقده علیهن إن کان فی زمان واحد تعین بطلان الجمیع، لعدم المرجح، و إن کان فی زمانین تعین البناء علی بطلان اللاحق و صحة السابق. فالبناء علی اختیار الزوج مستند إما الی الإجماع. أو الی
النص الوارد: «فی المجوسی إذا أسلم و له سبع نسوة و أسلمن معه، کیف یصنع؟
قال (ع): یمسک أربعاً، و یطلق ثلاثا» «۱».
و الظاهر أنه لیس فی روایات أصحابنا سواه. و الإجماع و النص لا یشملان المقام. فیتعین البناء علی بطلان الجمیع فی المقام، لعدم المرجح. و حینئذ لا مجال لخیار الزوجة، لانتفاء موضوعه.
(۱) لم یتضح وجه البطلان مع اختیارها للبقاء. نعم إذا قلنا بأن الممتنع أن یجمع العبد بین حرتین و أمة مع استقرار النکاح فما دامت الأمة المعتقة لها الخیار لا- مانع من الجمع، فاذا استقر نکاحها باختیارها البقاء امتنع الجمع، فبطل نکاحها. لکن لو تمَّ اقتضی بطلان

نكاح الجميع.

فـاذاً التحقيق- بعـد البناء على إلحاق المقام بصورة ما إذا أسـلم الزوج عن أكثر من أربع- هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجـة و الزوج فی الفرض، و لا يبطل نكاحها إلا إذا اختار الزوج غيرها.

(۲) إذا كان عنـد العبد ثلاث إماء فأعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها، لأنه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة و أمتين. و حينئذ فلا إشكال فی ثبوت الخيار للمعتقة، و ليس هو مما نحن فيه. نعم إذا أعتق

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۷

دفعـة ففی كون الزوج مخيراً و بعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات، فان اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع (۱)، وجوه.

[فصل فی العقد و أحكام]

اشارة

فصل فی العقد و أحكام

[(مسألة ۱): يشترط فی النكاح الصيغة]

(مسألة ۱): يشترط فی النكاح الصيغة، بمعنى:

الإيجـاب و القبول اللفظيين (۲). فلاـ يكفی التراضـی البـاطنی، و لاـ الإيجـاب و القبول الفعليين. و أن يكون الإيجـاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحـوط. فلا يكفی بلفظ المتعة فی

اثنان منهما كان قـد جمع بين حرتين و أمـة. و لا يجوز للعبد ذلك، فحينئذ يجیء الإشـكال السابق. و كذا لو كانت أربع إماء فأعتقت واحدة، فإنه لا يجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء و حرة، فيجری فيه ما سبق.

(۱) قـد عرفت أنه مقتضـی القاعـدة، و أن الإلحـاق بصورة ما إذا أسـلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر. و لو بنی عليه لم يكن وجه لتقـديم اختيـار الزوج على اختيـار الأمـة، أو تقـديم اختيارهـا على اختياره، فان كون اختياره موضوعاً لاختيارها و كـذا العكس مما لم يشهد به شاهد.

و المتعين أن يكون لكل منهما الاختيار، كما لو أعتقت فی أثناء العدة الرجعية.

فصل فی العقد و أحكامه

(۲) قـال فی الحـدائق: «أجمـع العلمـاء من الخاصـة و العامـة على توقف النكـاح على الإيجـاب و القبول اللفظيين». و فی كلاـم شـيخنا الأعظم (ره):

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۶۸

النكاح الدائم (۱)، و إن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إرادة الدوام. و يشترط العربية مع التمكن منها (۲)،

«أجمع علماء الإسلام- كما صرح به غير واحد- على اعتبار أصل الصيغة فى عقد النكاح، لا يباح بالإباحة، و لا المعاطاة». و نحوهما كلام غيرهما.

و لأجل هذا الإجماع افترق النكاح عن غيره من مضامين العقود، فإنها يجوز إنشاؤها بالفعل، بخلافه. و أما الفارق بينه و بين السفاح فلا- يرتبط بذلك، إذ السفاح الوطء لا- بعنوان الزوجية، و فى النكاح الوطء بعنوان الزوجية، و إن لم يكن إنشاؤها باللفظ، كما فى نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة، فإنه نكاح و ليس بسفاح، و إن كان بغير لفظ. فلاحظ.

(۱) كما عن التذكرة و المختلف. و فى كشف اللثام: نسبته إلى الأكثر و عن ظاهر السيد فى الطبريات: الإجماع عليه. و فى المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الأثر عليه، للشك فى جوازه، لأنه حقيقة فى المنقطع، مجاز فى الدائم، و العقود اللازمة لا- تقع بالمجاز. و فى كلتا المقدمتين منع.

و أصالة عدم ترتب الأثر لا مجال لها فى قبال عمومات النفوذ و الصحة.

و لذا اختار فى الشرائع، و المختصر النافع، و القواعد، و الإرشاد: الجواز.

و يشهد له ما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً

«۱». (۲) قال فى التذكرة: «فلو تلفظ بأحد اللفظين بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكنه و معرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا. و هو قول الشافعى و أحمد». و نحوه عن المبسوط. و علل فى التذكرة: بأن غير العربى بالنسبة إليه كالكناية، فلا يعتبر به. و فى الجواهر: بأنه مقتضى الأصل، الذى لا يعارضه الإطلاق، لانصرافه الى المتعارف، و فى كشف اللثام: بأنه مقتضى الأصل، و الاحتياط فى الفروج. و المناقشة فى ذلك كله

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المتعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۶۹

و لو بالتوكيل على الأحوط (۱). نعم مع عدم التمكن منها و لو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنة إذا اتى بترجمة اللفظين من النكاح و التزويج. و الأحوط اعتبار الماضوية (۲).

ظاهرة، إذ كونه كالكناية ممنوع، كعدم الصحة فى الكناية إذا كانت الدلالة ظاهرة. و الأصل و الاحتياط لا مجال لهما مع الإطلاق. و الانصراف إلى العربية- لأنه المتعارف- بدوى، لا يعول عليه فى رفع اليد عن الإطلاق.

مع أن كون المتعارف مطلقاً العربية ممنوع، بل المتعارف عند أهل كل لغة ما هو بلغتهم، فلو بنى على تقييد المطلق بالمتعارف كان اللازم اعتبار كل لغة عند أهلها، فلا يصح بالعربية لغير العربى- فالبناء على جواز غير العربى- كما عن ابن حمزة- غير بعيد، بل هو المتعين.

(۱) يظهر من التذكرة الاتفاق منا على الجواز مع عدم القدرة على العربية، و عدم إمكان التعلم، و إن تمكن من التوكيل. و كأنهم استفادوا ذلك مما ورد فى طلاق الأخرس من الاجتزاء فيه بالفعل الدال على إنشاء الفراق

«۱». لكن استفادة حكم المقام من ذلك المقام غير ظاهرة. فلو بنى على لزوم الاحتياط فى الباب كان اللازم عدم الاكتفاء بالترجمة حتى مع عدم إمكان التوكيل. اللهم إلا أن يكون الإجماع هو المستند.

(۲) كما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم. كذا فى المسالك. و استدل له بأن الماضى دال على صريح الإنشاء المطلوب فى العقود، بخلاف صيغة المضارع و الأمر، فإنهما ليسا موضوعين للإنشاء. و لاحتمال الأول الوعد. و للزوم الاقتصار على المتيقن، و غير الماضى مشكوك. و لأن تجويز غيره يؤدى الى انتشار الصيغة و عدم وقوفها على قاعدة. و الجميع كما ترى. فإن الأول

ممنوع. و الماضی یکون خبراً تارة، و إنشاء أخری،

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۹ من أبواب مقدمات الطلاق.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۰

و إن کان الأقوی عدمه (۱)، فیکفی المستقبل، و الجملة الخبریة (۲)، کأن یقول: «أزوجک» أو «أنا مزوجک فلانـة». کما أن الأحوط تقدیم الإیجاب علی القبول (۳)،

کالمضارع، بل لا فرق بین الفعلین إلا فی الحکایـة عن زمان التلبس. و احتمال الوعد لا أثر له مع القرینة علی إرادة الإنشاء. و الاقتصار علی المتیقن غیر لازم مع وجود الدلیل فی المشکوک، و کفی بالإطلاق دلیلًا. مضافاً الی النصوص الواردة فی بیان عقد الانقطاع «۱»، المتضمنة جواز إنشائه بمثل: «أتزوجک متعة علی کتاب اللّه تعالی»، و لا فرق بین الانقطاع و الدوام.

(۱) کما نسب الی ابن أبی عقیل، و المحقق، و جماعة.

(۲) فإنها کالجملـة الفعلیـة صالحة للخبر و الإنشاء، و قد أجمع علی جواز العتق بمثل: «أنت حر»، و فی «أعتقتک» إشـکال کما أجمعوا علی صحة الطلاق بمثل: «أنت طالق». فما الذی دعی إلی الإشکال فیها هنا؟!.

(۳) کمـا نسب إلی الأـکثر، و الأشـهر فی مطلق العقود. و یقتضـیه مفهوم القبول العقـدی، فـإن مفهوم القبول فی نفسه و إن کان یتعلق بالأـمر الاسـتقبالی کما یتعلق بالأمر الماضـی، نظیر الرضا و الحب و البغض و نحوها، بل لا یعتبر فیه وقوع الإیجاب لا فی الماضـی و لا فی المسـتقبل، لتعلقه بالوجود اللحاظی، إلا أن القبول العقدی- أعنی: ما یقابل الإیجاب- مختص بما یتعلق بالإیجاب الماضـی، فیکون معنی القبول المقابـل للإیجاب هو الرضا بما جعل و أنشـیء. أما الرضا بما یجعل و ینشأ فلا یکون قبولا بالمعنی المقابل للإیجاب، فلو تقدم القبول لم یکن قبولًا بذلک المعنی.

و أما ما ورد فی الروایات الواردة فی بیان کیفیة المتعة المتضمنة: أنه یقول لها:

«أتزوجک متعة علی کتاب اللّه تعالی و سنة نبیه (ص)، فاذا

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۸ من أبواب المتعة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۱

و إن کان الأقوی جواز العکس أیضاً. و کذا الأحوط أن یکون الإیجاب من جانب الزوجة و القبول من جانب الزوج (۱)،

قالت: نعم فقد رضیت و هی امرأتک» «۱»

، فلیس من بـاب تقـدیم القبول، بـل من باب الإیجاب ممن وظیفته القبول، کما سیشـیر إلیه فی المتن، فلا مجال للاسـتدلال به علی ما نحن فیه. و مثله الإیجـاب فی البیع من المشتری بأن یقول: «اشتریت فرسک بـدینار» مثلا، فیقول البائع: «بعت» أو «قبلت»، فإنه لیس من تقـدیم القبول علی الإیجـاب. و من ذلـک تعرف الاشـکال فیمـا ذکره فی الشـرائع بقوله: «و لاـ یشترط تقـدیم الإیجـاب، بـل لو قـال: «تزوجت» فقال الولی: «زوجتک» صح». لکن فی المسالک:

«و ربما قیل بعـدم صـحته مقـدماً، لأن حقیقـة القبول الرضا بالإیجاب، فمتی وجد قبله لم یکن قبولا، لعدم معناه. و فیه منع کون المراد من القبول قبول الإیجاب، بل قبول النکاح، و هو متحقق علی التقدیرین.

و لأنـا نقول بموجبـة، فان القبول حقیقـة ما وقع بلفظ: «قبلت»، و لا إشـکال فی عـدم جواز تقـدیمه بهـذا اللفظ، و إنما الکلام فیما وقع

بلفظ:

«تزوجت» أو «نكحت» فهو فی معنى الإيجاب، و تسميته قبولا- مجرد اصطلاح». و على هذا يكون النزاع لفظياً، و يكون مرجع القول بالجواز الى القول بجواز الإيجاب ممن وظيفته القبول، لا- جواز تقديم القبول على الإيجاب. و هو كما ترى لا يلتئم مع ما فی المتن، فان جواز الإيجاب من الزوج سيتعرض له بعد ذلك، بل و لا يلتئم مع كلمات جماعة ممن قال بجواز تقديم القبول و أدلتهم عليه. فلاحظ.

(۱) لا يخفى أن الزوجية المجعولة فی عقد النكاح مقابل الفردية، فكأن كل واحد من الرجل و المرأة فرد، فاذا تزوج أحدهما بالآخر صار زوجاً

---

(۱) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب المتعة حديث: ۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۷۲

و ان كان الأقوى جواز العكس. و أن يكون القبول بلفظ:

«قبلت» (۱). و لا يبعد كفاية «رضيت». و لا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاقتصار على لفظ: «قبلت» من

بضم الآخر اليه. و هذا الضم كما يمكن لحاظه فی الزوجة بأن تنضم الى الرجل، يمكن لحاظه فی الرجل بأن يضم إلى الزوجة. لكن شرافة الذكر تقتضی الأول، لأن الضم فيه تابعية و متبوعية، و الرجل أولى بالمتبوعية، كما أن الأنثى أولى بالتابعية، فلذلك تعارف إيجاب المرأة بقولها للرجل: «زوجتك نفسی»، و لم يتعارف إيجاب الرجل بقوله للمرأة: «زوجتك نفسی».

فإذا وقع الإيجاب من الرجل، فتارة: يكون المعنى الذی يوجبه أن تنضم اليه المرأة، فيقول: «تزوجتك»، فتقول هی: «قبلت» و نحوه. و أخرى: يكون المعنى الذی يوجبه معنى آخر غيره، مثل أن يقول الرجل للمرأة: «زوجتك نفسی». أما الأول: فلا ينبغی الإشكال فی صحته، كما يقتضيه إطلاق الأدلة، و ما ورد فی بيان كيفية المتعة. و الاقتصار فيه على مورده ينافيه ما فی بعض تلك النصوص، من أنه إذا لم يذكر الأجل انقلب دائماً. فتأمل. و أما الثانی: فلا يخلو من إشكال. و مجرد كون المرأة زوجة فی الكتاب و السنة و العرف لا يصحح الاستعمال المذكور، لإمكان أن يكون الزوجية فيها تبعية لا أصلية، نظير عوضية المبيع للثمن.

نعم فی مادة النكاح يجوز الإيجاب ب «أنكحتك نفسی» من كل من الرجل و المرأة، لورود كل من الأمرين فی الاستعمال الصحيح، قال اللّه تعالى (وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ) «۱»، و قال تعالى (حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ) «۲».

(۱) للاقتصار عليه فی كلام جماعة. و كأنه للانصراف الى المتعارف.

---

(۱) النساء: ۲۲.

(۲) البقرة: ۲۳۰.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۷۳

دون أن يقول: «قبلت النكاح لنفسی أو لموكلی بالمهر المعلوم» (۱) و الأقوى كفاية الإتيان بلفظ الأمر (۲) كأن يقول: «زوجنی

لكن التعارف لا يوجب تقييد المطلق الدال على الاجتزاء بكل ما دل على القبول مثل: «رضيت» و «تزوجتك» و نحوهما.

(۱) بلا خلاف عندنا و لا إشكال. و عن بعض الشافعية: المنع من ذلك، لاحتمال إرادة غير قبول الإيجاب. و هو كما ترى.

(۲) كما عن الشيخ، و ابنی حمزة و زهرة. و فی الشرائع: أنه حسن.

لخبر سهل الساعدی، المروی عند الخاصة و العامة. و فی المسالک: أنه المشهور بین العامة و الخاصة، و رواه کل منهما فی الصحیح. و هو

«أن امرأة أتت رسول اللّه (ص) فقالت یا رسول اللّه وهبت نفسی لک، و قامت قیاماً طویلًا. فقام رجل و قال یا رسول اللّه: زوجنیها إن لم یکن لک فیها حاجة. فقال رسول اللّه (ص): هل عندک من شیء تصدقها إیاه؟

فقال ما عندی إلا إزاری هذا. فقال رسول اللّه (ص): إن أعطیتها إزارک جلست لا إزار لک، اجلس التمس و لو خاتماً من حدید، فلم یجد شیئاً. فقال رسول اللّه (ص): هل معک من القرآن شیء؟ قال:

نعم، سورة کذا و سورة کذا، السور سماها. فقال رسول اللّه (ص):

زوجتک بما معک من القرآن».

و لم أعرف من روی عن سهل هذه الروایة من أصحابنا غیر ابن أبی جمهور الأحسائی فی غوالی اللئالی «۱»، علی ما حکی. نعم فی صحیح محمد بن مسلم المروی فی الکافی و التهذیب عن أبی جعفر (ع): «قال: جاءت امرأة إلی النبی (ص) فقالت: زوجنی فقال رسول اللّه (ص): من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا یا رسول اللّه زوجنیها. فقال: ما تعطیها؟ فقال: ما لی شیء قال (ص): لا. فأعادت،

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۴

.....

فأعاد رسول اللّه (ص) الکلام، فلم یقم أحد غیر الرجل، ثمَّ أعادت، فقال رسول اللّه (ص) فی المرة الثالثة: أ تحسن من القرآن شیئاً؟ قال:

نعم. قال: قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن. فعلمها إیاه» «۱».

و لیس فی شیء من طرق الحدیث أن الرجل أعاد القبول فیکون أمره قبولا مقدماً علی الإیجاب، کما ذکره الجماعة.

و عن جماعة آخرین- منهم ابن إدریس و العلامة فی المختلف-: عدم الاجتزاء بذلک. و عن الشهید فی شرح الإرشاد: تنزیل الروایة علی أن الواقع من النبی (ص) قام مقام الإیجاب و القبول، لثبوت الولایة المستفادة من قوله تعالی (النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ) «۲»، فیکون ذلک من خواصه. و تنظر فیه فی المسالک: بأن الولی علی الطرفین یعتبر وقوع الإیجاب و القبول منه، و أن ذلک موضع وفاق، و لا یکتفی أحد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه، و لا ضرورة إلی جعل ذلک من خصوصیات النبی (ص) مع وجود القبول اللفظی و قول جماعة من العلماء به. انتهی.

و یرید بالقبول اللفظی الأمر بالتزویج. و فیه: أن دعوی الوفاق علی ذلک غیر ظاهرة بعد بناء الشهید علی تنزیل الروایة علی ما ذکر، و قد تقدم فی تزویج المولی عبده القول من جماعة بأنه یکفی إیجاب المولی فقط و لا یعتبر قبول العبد، و أن ذلک هو الذی یقتضیه التحقیق، و کان الأولی للشهید تنزیل الروایة علی ما تقدم فی ذلک المبحث، من أن الوکیل عن الطرفین یجزی إیجابه عن القبول، فان الرجل لما طلب تزویجه من النبی فقد جعله وکیلا عنه أو مأذوناً منه فی تزویجه، فلا حاجة الی قبوله حتی لو کان المأذون غیر النبی (ص)، و لیس ذلک مبنیاً علی ولایته (ص)

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب المهر حدیث: ۱ و ملحقة.

(۲) الأحزاب: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۵

.....

المستفادة من الآیة الشریفة. و حینئذ یطرد الحکم المذکور فی غیر النبی (ص) من سائر الناس، و لا یکون من خواصه (ص).

و لعل ذلک مراد المصنف (ره)، لا کون الأمر قبولًا، کما ذکره الجماعة، فإنه غیر معقول لأن الأمر بالتزویج إنشاء لإیقاعه من المخاطب المأمور، لا إنشاء لنفسه، کما فی «لأتزوج» الذی هو إنشاء لزوجیة نفسه.

و حمل الأمر علی غیر معناه و هو إنشاء القبول، خلاف المقطوع به. و من ذلک یظهر أنه لو فرض عدم دلالة الروایة علی عدم القبول من الرجل بعد إیجاب النبی (ص)، لأن الراوی لیس فی مقام حکایة جمیع ما وقع من أجزاء العقد، و لا فی مقام الحکایة لجمیع ما وقع فی ذلک المجلس، بل فی مقام الحکایة لما جری من المرأة مع النبی (ص)، لزم البناء علیه، عملًا بالقاعدة، لا بالروایة. و لعله مراد جماعة ممن قال بهذا القول، لا ما یقتضیه ظاهر کلامهم من کون الأمر قبولا. نعم لا یتأتی هذا الحمل فی کلام الشرائع، لتصریحه بکون الأمر قبولا إذا کان بقصد إنشاء القبول.

و کذا کلام القواعد، و غیرهما. فیکون الحکم علی خلاف القاعدة من وجهین: تقدم القبول علی الإیجاب، و إنشاء القبول بلفظ الأمر، الذی هو من قبیل الإنشاء بالألفاظ المستنکرة عرفاً. لکن عرفت أن إثبات ذلک بالروایة غیر ممکن، لأن حمل الأمر فیها علی إنشاء القبول خلاف المقطوع به. فلاحظ.

و بالجملة: مراد الجماعة إن کان هو أن الأمر یغنی عن القبول، فیترتب الأثر علی الإیجاب فقط، فذاک مقتضی القاعدة، و لا یحتاج فی إثباته إلی الروایة. و إن کان هو أن الأمر قبول تعبداً، فذلک مما لا دلیل علیه، و الروایة لا تثبته. و إن کان هو أن الأمر قبول إذا کان صادراً بعنوان إنشاء القبول- کما یظهر من عبارة الشرائع- فالروایة لا تدل علیه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۶

فلانة»، فقال: «زوجتکها»، و إن کان الأحوط خلافه.

[(مسألة ۲): الأخرس یکفیه الإیجاب و القبول بالإشارة]

(مسألة ۲): الأخرس یکفیه الإیجاب و القبول بالإشارة مع قصد الإنشاء و إن تمکن من التوکیل علی الأقوی (۱)

[(مسألة ۳): لا یکفی فی الإیجاب و القبول الکتابة]

(مسألة ۳): لا یکفی فی الإیجاب و القبول الکتابة (۲).

[(مسألة ۴): لا یجب التطابق بین الإیجاب و القبول فی ألفاظ المتعلقات]

(مسألة ۴): لا یجب التطابق بین الإیجاب و القبول فی ألفاظ المتعلقات (۳)، فلو قال: «أنکحتک فلانة».

قطعاً، و البناء علیه یتوقف علی صحة إنشاء القبول بالألفاظ المستنکرة، مثل أن یقول لولی المرأة: «أذنت لک فی تزویجی» بقصد إنشاء القبول.

(۱) فی جامع المقاصد: «کأنه لا خلاف فی ذلک» و فی کشف اللثام:

«و هو مما قطع به الأصحاب». و استدل له بفحوی ما ورد فی الطلاق، کصحیح البزنطی عن الرضا (ع): «فی الأخرس الذی لا یکتب و

لا یسمع کیف یطلقها؟ قال (ع): بالذی یعرف به من أفعاله»

«۱»، و ما ورد فی قرائته و تلبیته و تشهده

«۲». و العمدة فیه إطلاق نفوذ العقود و الإجماع علی اعتبار اللفظ غیر منعقد فی المقام.

(۲) کما فی القواعد و غیرها. و فی جامع المقاصد: «لا ریب عندنا فی أن الکتابة لا تکفی فی إیقاع عقد النکاح للمختار». و یقتضیه ما تقدم من الإجماع علی اعتبار اللفظ. و یشکل ما فی جامع المقاصد من تعلیله بأن الکتابة کنایة، و لا یقع النکاح بالکنایات. انتهی، فإن الکتابة لیست من الکنایة فی شیء، و لا مانع من الکنایة إذا کانت واضحة الدلالة.

(۳) کما نص علی ذلک فی الشرائع. و فی الجواهر: أنه لا خلاف فیه و لا إشکال، لإطلاق الأدلة.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حدیث: ۱.

(۲) راجع الوسائل باب: ۵۹ من أبواب القراءة فی الصلاة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۷۷

فقال: «قبلت التزویج»، أو بالعکس کفی. و کذا لو قال:

«علی المهر المعلوم» فقال الآخر: «علی الصداق المعلوم».

و هکذا فی سائر المتعلقات.

[(مسألة ۵): یکفی – علی الأقوی – فی الإیجاب لفظ «نعم» (۱) بعد الاستفهام]

(مسألة ۵): یکفی- علی الأقوی- فی الإیجاب لفظ «نعم» (۱) بعد الاستفهام، کما إذا قال: «زوجتنی فلانة بکذا؟» فقال: «نعم» (۲) فقال الأول: «قبلت».

لکن الأحوط عدم الاکتفاء (۳).

---

(۱) کما عن الشیخ و ابن حمزة. و تبعهما فی النافع و الإرشاد. و تردد فیه فی الشرائع. و استشکل فیه فی القواعد.

(۲) بقصد إعادة اللفظ للإنشاء، لا بقصد جواب الاستفهام. و قد یشیر الیه ما

فی روایة أبان بن تغلب قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع):

کیف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجک متعة علی کتاب اللّه و سنة نبیه. لا وارثة و لا موروثة، کذا و کذا یوما

.. الی أن قال (ع):

فاذا قالت: نعم، فقد رضیت و هی امرأتک ..» «۱».

(۳) لأن الظاهر أنه من قبیل الإیقاع بالمجازات المستنکرة عرفاً، لأن الحذف و التقدیر اعتماداً علی السؤال إنما یکون فی الجواب الخبری، لا فیما لو قصد الإنشاء، فإنه یکون ابتداء کلام. و لذا قد یشکل الأمر و إن صرح بالجملة، بأن قال: «نعم زوجت ابنتی من فلان» قاصداً الإنشاء بها، لأن کلمة «نعم» تقتضی الاخبار، و الجمع بینها و بین الجملة بقصد الإنشاء یقتضی التنافی بین الکلامین، کما لو قال: «أخبرک أنی قد زوجتک ابنتی» قاصداً الإنشاء بالجملة، کما أشار الی ذلک فی الریاض. و لا وجه لاستغرابه، کما فی الجواهر. و بالجملة: إذا کان الإنشاء بنحو مستنکر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب المتعة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۷۸

[(مسألة ۶): إذا لحن فی الصیغة]

(مسألة ۶): إذا لحن فی الصیغة، فان کان مغیراً للمعنى لم یکف (۱). و إن لم یکن مغیراً فلا- بأس به إذا کان فی المتعلقات. و إن کان فی نفس اللفظین- کأن یقول:

«جوزتک» بدل «زوجتک»- فالأحوط عدم الاکتفاء به (۲). و کذا اللحن فی الاعراب.

[(مسألة ۷): یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغة]

(مسألة ۷): یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغة (۳).

[(مسألة ۸): لا یشترط فی المجری للصیغة أن یکون عارفاً بمعنى الصیغة تفصیلًا]

(مسألة ۸): لا یشترط فی المجری للصیغة أن یکون عارفاً بمعنى الصیغة تفصیلًا (۴)، بأن یکون ممیزاً للفعل و الفاعل و المفعول، بل یکفی علمه إجمالًا بأن معنى هذه الصیغة إنشاء النکاح و التزویج. لکن الأحوط العلم التفصیلی.

[(مسألة ۹): یشترط الموالاة بین الإیجاب و القبول]

(مسألة ۹): یشترط الموالاة بین الإیجاب و القبول (۵).

عرفاً لا یصح، لأن إطلاق الصحة منزل على العرف، و المستنکر عرفاً غیر ثابت عندهم، فلم یثبت شمول الإطلاق له. و أما روایة أبان و نحوها:

فلیست مما نحن فیه، لأن «نعم» فیها واقعة موقع القبول، لا موقع الجواب عن الاستفهام. فلاحظ.

(۱) لأنه من المستنکر عرفاً.

(۲) لکن الظاهر أنه لیس من المستنکر عرفاً، فیشمله إطلاق النفوذ.

(۳) لاشتراط ذلک فی الإیقاع ضرورة.

(۴) لإطلاق الأدلة، و لا سیما و أن أکثر غیر العرب لا یعرف ذلک لو کان إجراء الصیغة بالنحو العربی المعلوم صحته.

(۵) لاعتبارها فی ارتباط القبول بالإیجاب، لاعتبار الهیئة الاتصالیة فی العقد.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۷۹

و تکفی العرفیة منها، فلا یضر الفصل فی الجملة، بحیث یصدق معه أن هذا قبول لذلک الإیجاب (۱)، کما لا یضر الفصل بمتعلقات العقد من القیود و الشروط و غیرها و إن کثرت.

[(مسألة ۱۰): ذکر بعضهم: أنه یشترط اتحاد مجلس الإیجاب و القبول]

(مسألة ۱۰): ذکر بعضهم (۲): أنه یشترط اتحاد مجلس الإیجاب و القبول، فلو کان القابل غائبا عن المجلس، فقال الموجب: «زوجت فلاناً فلانة» و بعد بلوغ الخبر الیه قال: «قبلت» لم یصح. و فیه: أنه لا دلیل على اعتباره (۳)

---

(۱) فلو أوجب الموجب، فلم يبادر صاحبه الى القبول، فوعظه و نصحه حتى اقتنع، فقال: «قبلت»، صح عقداً. لكن الموالاة فى المقام غير حاصلة، لا حقيقة و لا عرفاً. فالهيئة الاتصالية المعتبرة فى صدق العقد لا يعتبر فيها الموالاة الحقيقة، و لا العرفية. نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول، فاذا وقع القبول فى ذلك الحال كان عقداً. و كأن المراد ذلك. و لذا قال فى القواعد: «و كذا (يعنى: لم ينعقد) لو أخر القبول مع الحضور، بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب». فالمدار على صدق المطابقة، و هى تحصل بما ذكر و لو مع الفصل الطويل.

(۲) المراد به: العلامة فى القواعد

(۳) و فى الجواهر: «لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه، و فى غيره من العقود». و فى جامع المقاصد فى شرح ما ذكره العلامة قال: «لأن العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعد جوابا للإيجاب». فجعل الوجه فى اعتبار اتحاد المجلس اعتبار الموالاة، الراجع الى اعتبار صدق العقد. و من المعلوم أن صدق العقد لا يتوقف على الفورية، و لا على اتحاد المجلس، بل يكون حاصلًا بما ذكرنا، فإنه

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۸۰

من حيث هو. و عدم الصحة فى الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقدة و المعاهدة، لعدم التخاطب، و إلا فلو فرض صدق المعاقدة و عدم الفصل مع تعدد المجلس صح، كما إذا خاطبه و هو فى مكان آخر لكنه يسمع صوته و يقول: «قبلت» بلا فصل مضر، فإنه يصدق عليه المعاقدة.

[(مسألة ۱۱): و يشترط فيه التنجيز كما فى سائر العقود]

(مسألة ۱۱): و يشترط فيه التنجيز (۱) كما فى سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم لو علقه على أمر محقق معلوم- كأن يقول: «إن كان هذا يوم

ما دام الموجب منتظراً للقبول، فاذا حصل صدق العقد، و لو مع الفصل الطويل، كما عرفت.

(۱) العمدة فى اعتباره الإجماع المدعى فى كلام الجماعة. و أما دعوى:

أن الإنشاء إيجاد للمنشإ، و كما أن الإيجاد الحقيقى لا يقبل الإناطة و التعليق، كذلك الإنشاء، لأنه إيجاد ادعائى. فمندفعة بالفرق بينهما، الناشئ من الفرق بين الحقيقة و الادعاء، لأن باب الادعاء واسع. و تحقيقه: أن الإنشاء راجع الى قصد تحقيق الأمر الادعائى، و من المعلوم أن القصد كما يتعلق بالموضوعات اللحاظية، يمكن أن يناط أيضا بالأمور اللحاظية، فيكون موجوداً فى ظرف لحاظ الشرط، و مفقوداً فى ظرف عدمه، فاذا فرض الإنسان وجود المرض قصد شرب الدواء، و إذا فرض عدمه لم يقصد ذلك، فيكون القصد دائراً مدار لحاظ الشرط و عدمه.

مع إمكان دعوى أن التعليق ليس للإنشاء، بل للمنشإ، لأن الإنشاء ليس ملحوظاً، فلا يكون موضوعاً لإضافة الإناطة بالشرط، بخلاف المنشأ،

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۸۱

.....

فإنه الملحوظ و انه المجعول طرفاً لإضافة لإناطة بالشرط. و حينئذ لا مجال للإشكال المذكور. و دعوى: أنه إذا كان التعليق للمنشإ فى الإنشاء، يكون أيضا التعليق للمخبر به فى الاخبار، فيكون الخبر مطلقاً و المخبر به معلقاً. و لازم ذلك الكذب فى مثل قوله تعالى (لَوْ

كٰانَ فِيهِمٰا آلِهَةٌ إِلَّا اللّٰهُ لَفَسَدَتٰا) «۱»، لتحقق الخبر بلا مخبر به. مندفعة: بأن المخبر به الفساد على تقدير تعدد الآلهة، لا الفساد مطلقاً، فانتفاء الفساد فى الجملة لا يستلزم الكذب، و انما الذى يستلزمه انتفاء الفساد على تقدير تعدد الالهة، لكنه غير منتف. و لا مجال لقياس المقام على بقية قيود المخبر به، كما إذا قال:

«يجىء زيد يوم الجمعة»، فإنه يكون كذباً إذا لم يجىء زيد فى يوم الجمعة، أو جاء لكن فى غير الجمعة، فإن القيود المأخوذة فى المخبر به يقتضى الخبر حصولها، و فى قيد الشرط لا يكون الأمر كذلك، فان صدق الخبر لا يقتضى حصوله، بل يقتضى حصول الجزاء على تقدير حصوله.

فصدق الشرطية فى الآية الشريفة يقتضى تحقق الفساد على تقدير تحقق الشرط، لا تحقق الفساد و الشرط معاً، كما فى سائر القيود. و من ذلك تعرف أن التحقيق أن التعليق فى القضايا الشرطية التى يكون جزاؤها خبراً تارة، و إنشاء أخرى، إنما هو للمخبر به، و للمنشإ، لا لنفس الاخبار به أو إنشائه فإن قلت: إذا كان التعليق للمنشإ لا للإنشاء يلزم التفكيك بين المنشأ و الإنشاء إذا كان المعلق عليه استقبالياً، لحصول الإنشاء بالفعل، و عدم حصول المنشأ، و إلا كان خلفاً. و التفكيك بين الإنشاء و المنشأ كالتفكيك بين الإيجاد و الوجود ممتنع، لأن الإنشاء عين المنشأ، كما أن الوجود عين الإيجاد، و الاختلاف إنما هو بالإضافة لا غير، و يمتنع التفكيك بين

---

(۱) الأنبياء: ۲۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۸۲

الجمعة زوجتک فلانة» مع علمه بأنه يوم الجمعة- صح (۱) و أما مع عدم علمه فمشكل (۲).

[(مسألة ۱۲): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته]

(مسألة ۱۲): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فإن أراد البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح (۳)، و إن أراد الفراق فالأحوط الطلاق.

الشىء و نفسه.

قلت: المنشأ حاصل حين الإنشاء، لكنه معلق لا مطلق، فإذا أنشأ البيع معلقاً على قدوم الحاج فقد حصل البيع المعلق على قدوم الحاج حال الإنشاء، و الذى لم يحصل هو البيع المطلق و هو غير المنشأ.

و لأجل ما ذكرنا لم يكن خلاف و لا إشكال فى صحة الوصية التمليكية المعلقة على الموت، و صحة التدبير، و هو العتق المعلق على الموت، و صحة النذر المعلق على أمر استقبالى. و دعوى أن صحة ذلك للدليل على خلاف القاعدة، كما ترى، خلاف المرتكزات العرفية.

و لأجل ذلك كان اللازم البناء فى وجه المنع عن التعليق فى العقود و الإيقاعات هو الإجماع الذى يقتصر فيه على المتيقن.

(۱) لعدم دخوله فى معقد الإجماع، بل المنسوب الى الفاضلين، و الشهيدين و المحقق الثانى، و غيرهم: هو القول بالصحة.

(۲) لاحتمال عدم انعقاد الإجماع على البطلان فيه. لكن ظاهر شيخنا الأعظم فى مكاسبه و صريح غيره ثبوت الإجماع على البطلان فيه.

و إن كان مقتضى بعض الأدلة التى سيقت لإبطال التعليق عدم الشمول للمورد.

(۳) من المعلوم أن الزوجية موضوع أحكام لزومية، مثل وجوب الإنفاق، و وجوب الوطء فى كل أربعة أشهر، و نحو ذلک. و عدم الزوجية أيضا يكون موضوعاً لأحكام لزومية، مثل حرمة الاستمتاع. فاذا ترددت

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۸۳

و إن کان یمکن التمسک بأصالة عدم التأثیر فی الزوجیة (۱).

و إن کان علی وجه یخالف الاحتیاط الاستحبابی، فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابی إعادته علی الوجه المعلوم صحته، و مع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

[(مسألة ۱۳): یشترط فی العاقد المجری للصیغة الکمال بالبلوغ، و العقل]

(مسألة ۱۳): یشترط فی العاقد المجری للصیغة الکمال بالبلوغ، و العقل، سواء کان عاقداً لنفسه، أو لغیره، وکالة أو ولایة، أو فضولا. فلا اعتبار بعقد الصبی (۲)، و لا المجنون و لو کان أدواریا حال جنونه، و إن أجاز ولیه أو

المرأة بین الزوجة و غیرها فقد تردد المکلف بین أحکام إلزامیة، قد یمکن التخلص منها بالاحتیاط و قد لا یمکن. فإذا أراد ترتیب أحکام الزوجیة لا یکون معذوراً فی مخالفة الأحکام الإلزامیة لعدم الزوجیة، و إذا أراد ترتیب أحکام غیر الزوجیة لا یکون معذوراً فی مخالفة الأحکام الإلزامیة للزوجیة. فلا بد له فی الصورة الأولی من تجدید العقد علی الوجه المعلوم الصحة من باب الاحتیاط، لیأمن من المخالفة الاحتمالیة غیر المعذور فیها، و فی الصورة الثانیة لا بد له من الطلاق من باب الاحتیاط، لیأمن أیضا من المخالفة الاحتمالیة غیر المعذور فیها.

(۱) صحة التمسک بالأصل المذکور ینافی کون المورد من موارد الاحتیاط اللزومی.

(۲) استدل له تارة: بحدیث رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم

«۱»، بناء علی أن الظاهر منه رفع الحکم أعم من التکلیفی و الوضعی. و فیه:

أن الظاهر منه رفع قلم السیئات، و لا یرفع الإلزام المؤدی إلیها، فلا

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب مقدمات العبادات حدیث: ۱۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۸۴

.....

یشمل ما نحن فیه. و أخری: بالروایات المتضمنة منطوقاً أو مفهوماً عدم جواز أمر الصبی فی البیع و الشراء.

کخبر حمزة بن حمران عن أبی جعفر (ع) فی حدیث أنه قال: «الجاریة إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم، و دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی الشراء و البیع. قال:

و الغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع و لا یخرج من الیتم حتی یبلغ خمس عشرة سنة، أو یحتلم، أو یشعر، أو ینبت، قبل ذلک» «۱».

و فیه:

أن الظاهر من الجواز ما کان علی نحو الاستقلال فی مقابل الجواز الثابت حال البلوغ، یظهر ذلک جداً بالتأمل فی الروایة المتقدمة المشتملة علی حکم الصبا و البلوغ معاً. و ثالثة: بالروایات المتضمنة أن عمده بمنزلة الخطأ،

کصحیح محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (ع): «عمد الصبی و خطؤه واحد» «۲»

و نحوه غیره. و فیه: أن الظاهر منه تنزیل العمد منزلة الخطأ فیما کان للخطإ حکم خاص به. لیکون التنزیل بلحاظه، فیختص بالجنایة العمدیة. و لا یشمل ما نحن فیه مما لم یکن الحکم فیه إلا للعمد، و یکون حکم الخطأ انتفاء حکم العمد لانتفاء موضوعه. بل التعبیر بالعمد و الخطأ اللذین تعارف التعبیر بهما عن الجنایة العمدیة و الخطأیة، تبعاً للقرآن المجید «۳»، و ما فی بعض تلک النصوص من

التعرض للعاقلة

«۴» کالصريح فى الاختصاص بالجنايات العمدية، فيكون أجنبياً عما نحن فيه.

و قد يستدل على جواز تصرفه بإذن الولى بأمور: الأول: قوله تعالى:

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب مقدمات العبادات حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب العاقلة حديث: ۲.

(۳) النساء: ۹۲، ۹۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب العاقلة حديث: ۳.

.....

(وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ) «۱»، فإن الظاهر من ابتلائهم ابتلاؤهم بالمعاملة بالأموال، لاختبار رشدهم. و حملها على الابتلاء بمقدمات العقد خلاف الظاهر. و المراد من قوله تعالى (فَادْفَعُوا) ادفعوا بقية أموالهم، فلا ينافى دفع بعض أموالهم لأجل الابتلاء و الاختبار.

الثانى:

رواية السكونى عن أبى عبد اللّه (ع): «نهى رسول اللّه (ص) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد.

و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده، فإنه إن لم يجد سرق» «۲»

، فان التقييد و التعليل ظاهران فى نفوذ كسبه فى الجملة.

و إذا حمل النهى على الكراهة فالدلالة أظهر، و حمله على الكسب بنحو الالتقاط و الاحتطاب، أو العمل بأمر الغير- مع أنه خلاف الإطلاق- بعيد. و

رواية إبراهيم بن أبى يحيى عن أبى عبد اللّه (ع): «قال تزوج رسول اللّه (ص) أم سلمة، زوجها إياه عمر بن أبى سلمة، و هو صغير لم يبلغ الحلم» «۳».

الثالث: السيرة التى ادعاها غير واحد من الأعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ فى بلاد الإسلام. و فى جميع الأعصار. و حملها على كونها صادرة من غير المبالين فى الدين. كما ترى، خلاف المقطوع به، فان الظاهر استقرار سيرة العقلاء على المعاملة مع المميزين مع رشدهم كالبالغين. و لأجل عدم الردع عنها من الشارع المقدس جرى عليها المتشرعة.

نعم تحقق الردع عن الاستقلال كما عرفت، لا عن المعاملة كلية. فلاحظ.

فاذاً لا يبعد القول بجواز تصرف الصبى بإذن الولى، كما عن جماعة،

---

(۱) النساء: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۳۳ من أبواب ما يكتسب به حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته، على المشهور، بل لا خلاف فيه. لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمل، لعدم الدليل على سلب

عبارته إذا کان عارفا بالعربیة، و علم قصده حقیقة و حدیث رفع القلم منصرف عن مثل هذا. و کذا إذا کان لنفسه بإذن الولی، أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ.

و کذا لا- اعتبار بعقد السکران فلا یصح و لو مع الإجازة بعد الإفاقة (۱). و أما عقد السکری إذا أجازت بعد الإفاقة ففیه قولان، فالمشهور (۲) أنه کذلک.

منهم الأردبیلی، و قبله الفخر فی الإیضاح، و قبله المحقق فی عاریة الشرائع.

قال: «و لو أذن الولی جاز للصبی مع مراعاة المصلحة». و فی کتاب الإجارة قال: «لو أجر المجنون لم تنعقد إجارته. و کذا الصبی غیر الممیز.

و کذا الممیز إلا بإذن ولیه. و فیه تردد». و ظاهره المیل الی الجواز.

و إذا شک فی حصول الاذن حمل تصرفه علی الصحة. و إذا أخبر بها صدق خبره، من باب إخبار ذی الید، أو عن النفس.

(۱) کما هو المشهور. لانتفاء القصد المقوم للإیقاع و الإنشاء، فلا عقد حینئذ، فلا زوجیة و لا نکاح. کذا قیل. لکن الظاهر تحقق القصد من السکران، بل و النائم، بل و الحیوان، إذ القصد الإرادة، و الحیوان فصله الممیز له عن مطلق الجماد کونه متحرکاً بالإرادة. فالعمدة فی عدم صحة عقد السکران و النائم و نحوهما و إیقاعهم: خروجه عن منصرف أدلة النفوذ و الصحة، لعدم الاعتداد به عند العرف، فلا یکون سبباً عندهم، و لا منشأ لاعتبار الأثر، فلا یکون سبباً شرعاً، لما عرفت من أن مقتضی الإطلاقات المقامیة الرجوع الی العرف فی تشخیص الأسباب.

(۲) ظاهر المتن: اختصاص الخلاف فی عقد السکری فقط، للروایة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۸۷

و ذهب جماعة إلی الصحة (۱)، مستندین إلی صحیحة ابن بزیع (۲). و لا- بأس بالعمل بها، و إن کان الأحوط خلافه، لإمکان حملها علی (۳) ما إذا لم یکن سکرها

الآتیة و ظاهر الشرائع: التردد فی عقد السکران مطلقاً. و فی الجواهر:

أنه محل الخلاف، و أنه لا یختص الخلاف بعقد السکری.

(۱) قال الشیخ فی النهایة: «و إذا عقدت المرأة علی نفسها و هی سکری کان العقد باطلًا. فإن أفاقت و رضیت بفعلها کان العقد ماضیاً. فان دخل بها الرجل فی حال السکر ثمَّ أفاقت الجاریة فإن أقرته علی ذلک کان ذلک ماضیاً». و تبعه ابن البراج. و حکی ذلک عن الصدوق فی الفقیه و المقنع. و تبعهم علی ذلک فی شرح النافع، و الکفایة، و الحدائق، و الوسائل.

(۲)

قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتلیت بشرب النبیذ، فسکرت فزوجت نفسها رجلا فی سکرها، ثمَّ أفاقت فأنکرت ذلک، ثمَّ ظنت أنه یلزمها ففزعت منه، فأقامت مع الرجل علی ذلک التزویج، إحلال هو لها أم التزویج فاسد لمکان السکر، و لا سبیل للزوج علیها؟ فقال (ع): إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضاً منها. قلت: و یجوز ذلک التزویج علیها؟ فقال (ع): نعم» «۱».

و دلالة الروایة وافیة.

و حملها فی المختلف علی سکر لم یبلغ حد عدم التحصیل. و أورد علیه فی المسالک: بأنه حینئذ یکون العقد صحیحاً بلا حاجة الی تقریرها، فالجمع بین صحة عقدها و اعتبار رضاها بعد ذلک غیر مستقیم. بل اللازم إما طرح الروایة رأساً، أو العمل بمضمونها. و لعل الأول أولی. انتهی. لکن الأولویة ممنوعة بعد صحة الروایة، و العمل بها.

(۳) قد عرفت أن هذا الحمل ذکره فی المختلف، و هو الظاهر من

---

(۱) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۸۸

بحیث لا التفات لها الی ما تقول (۱). مع أن المشهور لم یعملوا بها، و حملوها علی محامل (۲)، فلا یترک الاحتیاط.

[(مسألة ۱۴): لا بأس بعقد السفیه إذا کان وکیلا عن الغیر فی إجراء الصیغة، أو أصیلا مع إجازة الولی]

(مسألة ۱۴): لا بأس بعقد السفیه (۳) إذا کان وکیلا عن الغیر فی إجراء الصیغة، أو أصیلا مع إجازة الولی. و کذا

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۳۸۸

قول السائل: «فزوجت نفسها». و لا ینافیه قوله: «فأنکرت ذلک»، لاحتمال أن یکون الإنکار بلحاظ کونه علی خلاف مصلحتها، لا بمعنی أنها لم تکن شاعرة بوقوعه منها. و حینئذ یکون الخروج بها عن القاعدة من جهة اعتبار الرضا بعد الإفاقة فی ترتب الأثر علی العقد الصحیح عرفاً.

لا من جهة ترتب الأثر علی ما لیس بصحیح عرفاً، کما یظهر من الشیخ فی النهایة، و غیره.

(۱) هذا هو المائز بین المقام و بین مثل عقد النائم و المجنون و السکران إذا کان الجنون و السکر غالباً علی نحو یعد العقد منهما من قبیل الهذیان.

(۲) حملها فی کشف اللثام علی ما إذا کان الزوج جاهلًا بسکرها، فإنه لا یسمع فی حقه قول المرأة، و تجری علیهما أحکام الزوجیة ظاهراً، و إن لم یکن لها زوجیة واقعاً. و بعد ما علمت بالفساد فأحکام التزویج جائزة علیها، أی: ماضیة قهراً، و إن وجب علیها الامتناع علی التمکین منها ما أمکنها. فتکون الروایة واردة فی مقام بیان الحکم فی مقام الإثبات، لا الثبوت. و هذا الحمل فی غایة البعد و لم أقف علی من حملها علی غیره.

و المتحصل مما ذکرنا: أن الروایة ظاهرة فی السکر الذی لا ینافی الإیقاع، و دالة علی اعتبار الرضا بعد الإفاقة. و لا بأس بالعمل بها بعد صحتها، و عمل الجماعة بها.

(۳) إجماعاً. و یقتضیه إطلاق الأدلة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۸۹

لا بأس بعقد المکره (۱) علی إجراء الصیغة للغیر، أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلک.

[(مسألة ۱۵): لا یشترط الذکورة فی العاقد]

(مسألة ۱۵): لا یشترط الذکورة فی العاقد (۲)، فیجوز للمرأة الوکالة عن الغیر فی إجراء الصیغة کما یجوز إجراؤها لنفسها.

[(مسألة ۱۶): یشترط بقاء المتعاقدین علی الأهلیة إلی تمام العقد]

(مسألة ۱۶): یشترط بقاء المتعاقدین على الأهلیة إلى تمام العقد، فلو أوجب ثمَّ جن أو أغمی علیه قبل مجیء القبول لم یصح (۳). و کذا لو أوجب ثمَّ نام،

---

(۱) إجماعاً. و یقتضیه إطلاق الأدلة. و حدیث رفع الإکراه

«۱» لا یقتضی البطلان فی الصورة الأولی، لعدم الامتنان على المکره فی الرفع.

و کذا فی الصورة الثانیة، بل الرفع خلاف الامتنان.

(۲) کما فی الشرائع و القواعد و غیرهما. و فی الجواهر: «بلا خلاف، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه». و فی کشف اللثام: أنه کذلک عندنا، خلافاً للشافعیة. و الوجه فیه: إطلاق الأدلة من دون مقید. و فی نصوص کیفیة عقد المتعة دلالة واضحة علیه.

(۳) قال فی الشرائع: «إذا أوجب ثمَّ جن أو أعمی علیه بطل حکم الإیجاب». و فی الجواهر قال فی شرح ذلک: «بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به بعضهم». و مقتضى إطلاق کلامهم عدم الفرق بین استمرار ذلک الى حین القبول، و بین ارتفاعه قبل القبول. و مثله ما لو کان القابل حال الإیجاب غیر قابل للقبول. و مرجع ما ذکروه الى شرطین، أحدهما:

أن یکون کل من الموجب و القابل قابلا للإیقاع حال إیقاع الآخر. و الثانی:

أن یکون ذلک موجوداً فیما بین الإیجاب و القبول، فلو أوجب ثمَّ نام ثمَّ

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۵۶ من أبواب جهاد النفس.

.....

أفاق قبل قبول الآخر فقبل حال إفاقته لم یصح العقد.

و استدل علیه شیخنا الأعظم (ره) فی مکاسبه بتوقف معنى المعاقدة و المعاهدة على ذلک. و فی الجواهر استدل علیه: بأن ظاهر أدلة شرطیة القصد و الرضا و نحوها فی العقد اعتبار ذلک فی تمام العقد المرکب من الإیجاب و القبول، لا اعتبار قصد الموجب فی الإیجاب فقط، و قصد القابل فی القبول فقط، فاذا ارتفعت القابلیة بعد الإیجاب قبل القبول لم یحصل الشرط فی تمام العقد.

لکن فی المسالک قال: «وجهه أن العقد اللازم قبل تمامه یکون بمنزلة الجائز، یجوز لکل منهما فسخه و یبطل بما یبطل به الجائز، و من جملته الجنون، و الاغماء. و لا فرق بین النکاح و البیع و غیرهما من العقود اللازمة. و لا یضر عروض النوم، کما لا یقدح ذلک فی الوکالة. و لکن هل یصح الإتیان بالقبول من الآخر حالته؟ قیل: لا. و به قطع فی التذکرة، لأن التخاطب بین المتعاقدین معتبر، و هو منتف مع نوم صاحبه .. الى أن قال: و یحتمل الصحة هنا، لأن الإیجاب توجیه الى هذا القابل قبل النوم. و الأصل الصحة». و ظاهره المفروغیة عن صحة العقد مع عروض النوم بعد الإیجاب ثمَّ الإفاقة حال القبول. و احتمل الصحة مع استمرار النوم الى حین القبول، و إن کان یحتمل البطلان.

أقول: أما ما ذکره فی الجواهر من الاستدلال ففیه: أن ظاهر أدلة اعتبار الرضا فی العقد اعتباره و لو بعد العقد، و لذا قلنا بصحة عقد الفضولی. و ظاهر أدلة اعتبار القصد اعتبار قصد الموجب فی الإیجاب فقط، و قصد القابل فی القبول فقط، و لا تدل على اعتبار أکثر من ذلک. و أما ما ذکره فی المسالک فالظاهر أنه تبع فیه ما فی التذکرة، فقد ذکر فیها أنه لو زال عقله بعد الإیجاب بنوم ثمَّ استیقظ لم یبطل حکم الإیجاب، إن لم یحصل الفصل بطول الزمان، لأنه لا یبطل العقود الجائزة، فکذا هنا.

.....

انتهى. و لكنه غير ظاهر من أصله، إذ لا دليل على كون الإيجاب فى العقد اللازم بمنزلة العقد الجائز، يبطله ما يبطله.

و أما ما ذكره شيخنا الأعظم (ره) فتحقيقه أن فقدان الأهلية من كل منهما حال إنشاء الآخر تارة: يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون و الاغماء و نحوهما. و اخرى: لوجود ما يمنع من السلطنة على التصرف، كالصبا، و السفه، و التفليس، و نحوها. أما الأول: فالظاهر البطلان فيه، لأن التخاطب بين المتعاقدين شرط فى صدق المعاقدة و المعاهدة. و دعوى:

أن النفوذ لا يختص بذلك، بل التجارة و البيع و النكاح و نحوها أخذت موضوعاً للصحة، و هى لا تتوقف على التخاطب. مدفوعة: بأن صيغها و إن لم يؤخذ فيها التخاطب لكنه مأخوذ فى حاق معناها، فإنها معاقدات و معاهدات بين طرفين، و لا تكون المعاهدة بين الاثنين إلا- إذا كان أحدهما يوحى الى الأخر و يعاهده، و إذا لم يكن أحدهما قابلًا للخطاب لا يكون قابلًا للعهد معه. نعم يظهر من التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب و القابل، قال فى الفرع الثالث: «لو قال المتوسط: (زوجت ابنتك من فلان)، فقال: (زوجت)، ثمَّ أقبل على الزوج فقال: (قبلت نكاحها)، فقال: (قبلت)، فالأقرب صحة العقد. و هو أصح وجهى الشافعى. لوجود ركنى العقد الإيجاب و القبول. و الثانى: لا يصح، لعدم التخاطب بين المتعاقدين». و الأظهر ما ذكرناه، إذ لا أقل من الشك فى اعتبار ذلك عرفاً فى مفهوم العقد، و الأصل عدم ترتب الأثر.

و أما ما لا يمنع من صحة التخاطب و لكنه يمنع من صحة الإنشاء و نفوذه: فالظاهر عدم اعتباره إلا فى حال الإنشاء، فإذا كان القابل صبياً و بلغ بعد الإيجاب حال القبول صح. و كذا إذا كان محجوراً عليه للسفه أو التفليس أو غيرهما فارتفع الحجر عنه بعد الإيجاب حال القبول. و إذا

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۹۲

بل أو غفل عن العقد بالمرة. و كذا الحال فى سائر العقود. و الوجه عدم صدق المعاقدة و المعاهدة. مضافاً الى دعوى الإجماع (۱) و انصراف الأدلة (۲).

[(مسألة ۱۷): يشترط تعيين الزوج و الزوجة]

(مسألة ۱۷): يشترط تعيين الزوج و الزوجة (۳)

صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الإيجاب قبل القبول لم يضر ذلك فى صحة العقد، و إن بقى حال القبول. فضلا عما إذا زال قبل القبول.

و لا مجال لمقايسة ذلك بما إذا رد الموجب الإيجاب قبل القبول، فإن لغوية الإيجاب حينئذ لا تقتضى لغويته فى الطوارئ المذكورة، لأن الرد مانع من تحقق المعاهدة بينهما، بخلاف طرو الحجر عليه. فإنه لا دخل له فى المعاهدة بين الطرفين بوجه. مع أنه لو تمت المقايسة اختص الحكم بطرو الحجر بعد الإيجاب، و لا تصلح لإثبات اعتبار وجدان القابل للقابلية حال الإيجاب. فلاحظ.

(۱) قد عرفت خلاف المسالك فى النوم و نحوه مما لا يبطل به العقد الجائز، بل عرفت أن ظاهره المفروغية عن الصحة إذا أفاق حال القبول.

(۲) إذا تحقق الإطلاق و عدم اشتراط ذلك عرفاً فالانصراف بدوى لا يعتد به.

(۳) إجماعاً، كما فى التذكرة. و اتفاقاً، كما فى كشف اللثام. و فى الجواهر: حكاه عن غيره أيضا. و فى الحدائق: نسبته إليهم. فإن كان المراد ما يقابل المردد: فوجهه ظاهر لأن المردد لا مطابق له فى الخارج و لا مصداق، فلا يكون موضوعاً للاحكام. و إن كان المراد ما

یقابل الکلی أیضا: فوجهه غیر ظاهر، لجواز بیع الکلی و إجارته المعتبر فیهما العلم بالعوضین، ففی المقام الذی لا یعتبر فیه ذلک أولی. و علله فی التذکرة و غیرها: بأن الاستمتاع یقتضی فاعلًا و منفعلًا معینین لتعینه. انتهی. لکنه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۹۳

علی وجه یمتاز کل منهما عن غیره بالاسم، أو الوصف الموجب له (۱)، أو الإشارة، فلو قال: «زوجتک إحدی بناتی» بطل (۲). و کذا لو قال: «زوجت بنتی أحد ابنیک» أو «أحد هذین». و کذا لو عین کل منهما غیر ما عینه الآخر (۳) بل و کذا لو عینا معیناً من غیر معاهدة بینهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عین ما قصده الآخر. و أما لو کان ذلک مع المعاهدة لکن لم یکن هناک دال علی ذلک من لفظ أو فعل أو قرینة خارجیة مفهمة فلا یبعد الصحة (۴)،

لا یقتضی التعیین من أول الأمر، و لذا تصح إجارة الکلی، مع أن الانتفاع المقصود من الإجارة یتوقف علی التعیین.

و المتعین أن یکون الوجه فیه: أن الزوجیة من الإضافات التی لا- تقوم بغیر المتعینین، نظیر الأخوة و الأبوة و البنوة، فلا یصح اعتبارها بین غیر المتعین، کما لا یصح اعتبارها لغیر الحی، أو لغیر الإنسان. و الظاهر أن ذلک واضح بأقل مراجعة لمرتکزات العرف. و کیف کان فالإجماع المدعی کاف فی إثبات المدعی.

(۱) بأن کان الاسم أو الوصف مختصاً.

(۲) قال فی التذکرة: «فلو قال: زوجتک إحدی ابنتی، أو زوجت بنتی من أحدکما، أو من أحد ابنیک، لم یصح العقد بلا خلاف».

(۳) لانتفاء التطابق بین الإیجاب و القبول، الذی قد عرفت اعتباره فی مفهوم العقد. و لأجل ذلک کان المناسب أن یجعل هذا من فروعه، لا من فروع اعتبار التعیین. و کذا الکلام فی الفرع الآتی. بل الحکم فیه أظهر.

(۴) و فی الجواهر: «الظاهر القطع بصحة ذلک، کما صرح به فی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۹۴

و إن کان الأحوط خلافه. و لا یلزم تمییز ذلک المعین عندهما حال العقد (۱)، بل یکفی التمیز الواقعی مع إمکان العلم به بعد ذلک، کما إذا قال: «زوجتک بنتی الکبری» و لم یکن حال العقد عالماً بتاریخ تولد البنتین لکن بالرجوع الی الدفتر یحصل له العلم. نعم إذا کان ممیزاً واقعاً و لکن لم یمکن العلم به ظاهراً- کما إذا نسی تاریخ ولادتهما، و لم یمکنه العلم به- فالأقوی البطلان (۲)، لانصراف الأدلة (۳) عن مثله. فالقول بالصحة و التشخیص بالقرعة ضعیف.

[(مسألة ۱۸): لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما]

(مسألة ۱۸): لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما

کشف اللثام و المسالک. و تعذر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غیر قادح».

و فی القواعد: «لو کان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن و لم یذکر اسمها حین العقد فان لم یقصد معینة بطل، و إن قصد صح». و فی التذکرة:

«لو کان له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجتک فاطمة، و لم یقل:

بنتی فلأنه، لم یصح العقد. لکثرة الفواطم. و لو نواها صح عندنا.

و هو قول الشافعیة. و لیس بجید علی رأیهم، لأن النکاح عقد یفتقر إلی الشهادة، و الشهود إنما یشهدون علی اللفظ دون النیة».

(۱) لإطلاق الأدلة من دون مقید ظاهر، کما نص علی ذلک فی الجواهر.

(۲) و فی الجواهر: «لعله لا یخلو من قوة».

(۳) هذا غیر ظاهر. و قد اعترف فی الجواهر: بأن الصحة مقتضى إطلاق الأدلة، المقتصر فی الخروج عنه على المتیقن، و هو العقد على غیر المتمیز فی الواقع. و هو ظاهر القواعد و کشف اللثام أیضاً. لکن بعد ذلک احتمل الرجوع الى أصالة عدم النقل. و لم یتضح المراد منها. و لعله

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۹۵

مع الإشارة، أخذ بما هو المقصود (۱)، و ألغى ما وقع غلطاً، مثلًا لو قال: «زوجتک الکبرى من بناتی فاطمة» و تبین أن اسمها خدیجة، صح العقد على خدیجة التی هی الکبرى. و لو قال: «زوجتک فاطمة و هی الکبرى» فتبین أنها صغرى، صح على فاطمة، لأنها المقصود، و وصفها بأنها کبرى وقع غلطاً، فیلغى. و کذا لو قال: «زوجتک هذه و هی فاطمة» أو «و هی الکبرى» فتبین أن اسمها خدیجة، أو أنها صغرى فان المقصود تزویج المشار إلیها و تسمیتها بفاطمة، أو وصفها بأنها الکبرى وقع غلطاً، فیلغى.

أراد أصالة عدم ترتب الأثر. لکن أصالة الإطلاق حاکمة علیها.

(۱) قال فی التذکرة: «لو قال له: زوجتک بنتی فلانة، و سماها بغیر اسمها، و لا بنت له سوى واحدة، فالأقوى الصحة. و هو أصح وجهی الشافعیة. لأن البنتیة صفة لازمة، فیتعین، و یلغى الاسم المذکور بعده. و الثانی: لا یصح النکاح لأنه لیس له بنت بذلک الاسم. و لو قال: زوجتک هذه فاطمة، و أشار إلیها، و کان اسمها زینب، فالوجهان للشافعیة». و نحوه فی الجواهر.

و منشأ الاشکال: هو أن القید أخذ على نحو تعدد المطلوب. أو وحدته، فعلى الأول: یصح. و على الثانی: یبطل. و لا ینبغی التأمل فی أن المرتکزات العرفیة تقتضی الأول. و لذا بنوا مع تخلف الشرط على صحة العقد، و خیار الاشتراط، فلو قال: «بعتک هذا العبد الکاتب».

فتبین أنه غیر کاتب، صح العقد، و کان له الخیار. نعم إذا کان القید مقوماً للموضوع عرفاً و ذاتیاً من ذاتیاته بطل العقد بفقده، کما لو قال

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۳۹۶

[(مسألة ۱۹): إذا تنازع الزوج و الزوجة فی التعیین و عدمه]

(مسألة ۱۹): إذا تنازع الزوج و الزوجة فی التعیین و عدمه حتى یکون العقد صحیحاً أو باطلًا فالقول قول مدعی الصحة (۱)، کما فی سائر الشروط إذا اختلفا فیها. و کما فی سائر العقود. و إن اتفقا الزوج و ولی الزوجة على أنهما عینا معیناً و تنازعا فیه أنها فاطمة أو خدیجة، فمع عدم البینة المرجع التحالف (۲)،

له: «بعتک هذا العبد الحبشی». فتبین أنه حمار وحشی. و لأجل ما ذکرنا کان المناسب لصاحب الجواهر (قدس سره) الجزم بالصحة، لا ذکر الوجوه و الاحتمالات، و ترجیح الصحة. فلاحظ.

(۱) قد عرفت أن التعیین المعتبر فی صحة العقد ما یقابل العقد على المردد أو الکلی، فمدعی التعیین یدعی وقوع العقد على المعین، و خصمه یدعی وقوع العقد على الکلی أو على المردد، فالنزاع یکون حینئذ فی موضوع العقد. لکن فی کون أصالة الصحة تصلح لإثبات موضوع العقد تأمل، فإذا اختلف البائع و المشتری فی أن البیع وقع على عبد البائع أو على ولده، فإثبات وقوعه على العبد بأصل الصحة محل تأمل. و المتیقن أن أصالة الصحة إنما تثبت شرائط العقد، لا مقوماته، فجعل الجمیع من باب واحد غیر ظاهر. و کذا الحکم فی سائر العقود.

(۲) یظهر من الجواهر أنه مفروغ عنه عنـدهم. لأن کلًا منهما مـدع و منکر لما یـدعیه الأخر، فإن أقام أحدهما البینة عمل بها، لأن البینة علی المـدعی، و إن لم یکن لأحـدهما بینـة کان علی کل منهما الیمین التی هی وظیفة المنکر، فان حلف أحدهما و نکل الآخر حکم للحالف، و إن حلفا معا تبطل الدعویان معا. و مقتضی ذلک الانفساخ. و کذا لو أقام کل منهما البینة علی دعواه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۹۷

.....

تنبیه فیه أمور:

الأول: أن کون المقـام من باب التـداعی لا من باب المـدعی و المنکر مبنی علی أن المعیار فی حصول التـداعی و المـدعی و المنکر مصب الـدعوی، فان دعوی الزوج أن العقـد کان علی فاطمـة مثلًا خلاف الأصل، فیکون بـذلک مـدعیاً، و کذا دعوی الولی أن العقد کان علی خدیجـة مثلًا. أما إذا کان المعیار هو الغرض المقصود من الـدعوی، فقـد یکون کل واحـد منهما مدعیاً، بأن کان لکل واحد منهما غرض یقصد تحصیله، فالزوج یدعی أنها فاطمة یقصد تمکینه من استمتاعه بها، و الولی یدعی أنها خدیجة یطلب الإنفاق علیها، فیکون کل واحد منهما مدعیاً و منکراً لما یدعیه الآخر.

أمـا إذا کـان الغرض لأحـدهما دون الآـخر، کمـا إذا کـانت فاطمـة غائبـة لا یمکن الاسـتمتاع بها، فالمـدعی یکون هو الولی لا غیر. و کـذلک إذا کانت خدیجـة ناشـزاً أو غائبـة علی نحو لا تسـتحق نفقـة مثلًا، فالمـدعی یکون هو الزوج لا غیر. فالتداعی یتوقف علی أن یکون الغرض من الدعوی من کل منهما المطالبة بحق.

الثـانی: أن جعـل الولی طرف الـدعوی یتوقف علی کونه ولیاً فی جمیع الجهات و علی جمیع الحیثیات. أما إذا کان ولیاً علی العقـد لا غیر- کمـا هو الغـالب- فهو لاـ یطالب بحق و لا یطالب بحق. و علی التقـدیر الأول یکون من التـداعی بالعرض، لا بالأصل، فإن الزوج یـدعی الحق علی فاطمة، و خدیجة تدعی الحق علیه، فهناک خصومتان، إحداهما بین الزوج و فاطمة، و الأخری بینه و بین خدیجة، و الزوج فی الأولی مـدع، و فی الثانیة منکر، و الولی کالوکیل للزوجتین، ینکر دعوی الزوج علی فاطمة و یدعی حقاً لخدیجة علیه، کما لو ادعی شخص علی زید دیناً، و ادعی عمرو علی ذلک الشخص دیناً، و قد وکل زید و عمرو جمیعاً بکراً علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۹۸

کما فی سائر العقود (۱). نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فیها و هی ما إذا کان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة، و لم یسـمها عند العقد، و لا عینها بغیر الاسم، لکنه قصدها معینة.

و اختلفا فیها، فالمشـهور علی الرجوع الی التحالف (۲)، الذی هو مقتضـی قاعدة الدعاوی. و ذهب جماعة إلی التفصیل (۳) بین ما لو کان الزوج رآهن جمیعاً فالقول قول الأب، و ما لو لم

المخاصمة مع ذلک الشخص، و لیس هو من التداعی فی شیء.

الثـالث: أن الزوج تارة: یوکل الأمر إلی الولی، فیزوجه الولی، ثمَّ یقع النزاع بینهما فی تعیین الزوجـة. و أخری: یشترک معه فی العقـد، فتارة: یوجب الولی و یقبل الزوج. و أخری: یوجب الزوج و یقبل الولی.

ففی الصورة الأولی لا ینبغی التأمل فی أن القول قول الولی بیمینه، لأنه وکیل علی العمل، فیقبل قوله، و یکون خصمه مدعیاً. و أما فی الصـورة الثانیـة، ففی کونه کـالصورة الأـولی لکون الموجب هو المنشـئ و القابـل تـابع له، و علیه یکون الحکم فی الصورة الثانیـة أن القول قول الزوج. أولا، لعدم الاسـتقلال للموجب فی الإیقاع، لکونه متوقفاً علی القبول، فیکون الفعل مشترکاً بینهما. وجهان، أقواهما: الثانی.

(۱) مما ذکرنا تعرف عدم اطراد الحکم المذکور فی سائر العقود أیضا.

و أشرنا الی ذلک فی فصل التنازع من کتاب الإجارة من هذا الشرح. فراجع.

(۲) لم أقف علی من نسب ذلک الی المشهور. نعم حکی عن الحلی، و المسالک، و الروضة، و شرح النافع. و اختاره فی جامع المقاصد.

(۳) نسب الی الشیخ فی النهایة، و القاضی ابن البراج. و اختاره الفاضلان، و الشهید فی اللمعة، و غیرهم. و فی المسالک: نسب ما ذکره المحقق الی أکثر الأصحاب.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۳۹۹

یرهن فالنکاح باطل. و مستندهم صحیحة أبی عبیدة الحذاء (۱) و هی و إن کانت صحیحة إلا أن إعراض المشهور عنها (۲)

---

(۱)

رواها الکلینی عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد. و عن علی بن إبراهیم عن أبیه، جمیعاً عن ابن محبوب، عن جمیل بن صالح عن أبی عبیدة قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل کن له ثلاث بنات أبکار، فزوج إحداهن رجلا، و لم یسم التی زوج للزوج و لا للشهود، و قد کان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ إدخالها علی الزوج بلغ الزوج أنها الکبری من الثلاثة، فقال الزوج لأبیها: إنما تزوجت منک الصغیرة من بناتک.

قال: فقال أبو جعفر (ع): إن کان الزوج رآهن کلهن و لم یسم له واحدة فالقول فی ذلک قول الأب. و علی الأب فیما بینه و بین الله تعالی أن یدفع الی الزوج الجاریة التی کان نوی أن یزوجها إیاه عند عقدة النکاح.

و إن کان الزوج لم یرهن کلهن، و لم یسم له واحدة منهن عند عقدة النکاح، فالنکاح باطل» «۱».

و رواه الصدوق بإسناده عن جمیل بن صالح، و الشیخ بطریق فیه محمد بن عمرو.

(۲) قد عرفت أن الاعراض عنها إنما کان من الحلی، الذی یعرف من مذهبه أنه لا یعمل بأخبار الآحاد. و تبعه علی ذلک فی الروضة و المسالک، علی ما قیل. و إن کان فی المسالک- بعد ما حکی عن الحلی الرد- قال:

«و لعله أجود .. الی أن قال بعد ذلک: و حینئذ یقوی الإشکال فی رد هذه الروایة، نظراً الی صحتها. و للتوقف فی ذلک مجال». و فی جامع المقاصد: جعل ما عن الحلی أقوی، و مثله عن شرح النافع. و أما المحقق، و العلامة، و أکثر الأصحاب علی ما تقدم فی المسالک، فقد عملوا بها.

لکن بعد تخریجها و حملها علی ما لا ینافی القواعد. فلم یکن منهم عمل

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۵ من أبواب عقد النکاح.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۰۰

مضافاً الی مخالفتها للقواعد (۱) مع إمکان حملها علی بعض المحامل (۲)، یمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا یخلو عن قوة. و مع ذلک الأحوط مراعاة الاحتیاط. و کیف کان لا یتعدی عن موردها.

و اعتماد، و لا إعراض مسقط عن الحجیة.

(۱) المخالفة للقواعد لازمة لأکثر أدلة الاحکام، و لا توجب وهناً و لا انحطاطاً عن مقام الحجیة.

(۲) قال فی الشرائع: «إذا کان للرجل عدة بنات، فزوج واحدة، و لم یسمها عند العقد، لکن قصدها بالنیة، و اختلفا فی المعقود علیها،

فان کان الزوج رآهن فالقول قول الأب، لأن الظاهر أنه أوکل التعیین الیه. و علیه أن یسلم إلیه التی نواها. و إن لم یکن رآهن کان العقد باطلا».

و نحوه فی القواعد و غیرها. لکن فی المسالک: «دعوی أن رؤیتهن دلت علی الرضا بما عینه الأب، و عدمها علی عدمه فی موضع المنع، لأن کل واحدة من الحالتین أعم من الرضا بتعیین الأب و عدمه. و لیس فی الروایة علی تقدیر الاعتناء بها دلیل علی ذلک. بل فی هذا التنزیل تخصیص لها فی الحالین. و حینئذ فاللازم إما العمل بالروایة من غیر حمل- کما فعله الشیخ- أوردها رأساً و الحکم بالبطلان فی الحالین- کما فعل ابن إدریس- و لعله أجود، لأن العقد لم یقع علی معینة مخصوصة منها، و هو شرط صحته». و لأجل ذلک قال فی کشف اللثام: «لا بعد فی أن یکون التفویض إلی الولی جائزا فی النساء اللاتی رآهن، لأنهن تعین عنده، دون من لم یرهن، لکثرة الجهالة. لا أن الرؤیة دلیل علی التفویض، و أن التفویض جائز مطلقاً». فحمل الروایة علی بیان أن الرؤیة شرط فی صحة التفویض، فاذا لم یر الزوج البنات لا یصح منه تفویض الأمر إلی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۰۱

.....

الأب، و إذا رآهن صح له ذلک.

و یشکل: بأن الرؤیة لیست شرطاً فی صحة التزویج مباشرة، و لا فی صحة تفویضه الی غیره. ضرورة أنه یجوز للإنسان أن یفوض تزویجه الی غیره و إن لم یکن قد رأی امرأة من النساء. فإن أراد أن الرؤیة شرط فی صحة التفویض کلیة فذلک مما لا یمکن القول به. و إن أراد ذلک فی مورد الروایة بالخصوص- و هو من کان له بنات فأراد إنسان تزویج واحدة منهن، فإنه لا یجوز له تفویض الأمر الیه إلا إذا رآهن کلهن- فذلک إن تمَّ لا یجدی فی توجیه الروایة و تطبیقها علی القواعد، لأن مورد الروایة النزاع فی التفویض و عدمه، فلو سلمنا أنه لا یصح التفویض إلا مع رؤیة الجمیع لم یجد ذلک فی تقدیم قول الأب. إلا إذا ثبت التلازم بین الرؤیة و التفویض، و لا یکفی فی تقدیم قول الأب شرطیة الرؤیة للتفویض، کما لعله ظاهر بأقل تأمل. و کاشف اللثام (قده) لم یدع هذه الملازمة، لیصح منه توجیه الروایة و تخریجها علی وجه لا تخالف القواعد المانعة من تقدیم قول الأب المدعی للتفویض بلا بینة. بل ظاهرها تقدیم قوله بلا یمین أیضاً. و هذا الاشکال مشترک بین ما ذکره کاشف اللثام و ما ذکره المحقق. اللهم إلا أن تحمل الروایة علی إرادة تقدیم قوله فی الجملة و لو مع الیمین، کما استظهره فی الجواهر. لکنه غیر ظاهر.

و بالجملة: تقدیم قول الأب بناء علی ما ذکره المحقق و من وافقه من أن الرؤیة أمارة علی التفویض، یکون فی محله، لأن دعوی الأب موافقة للحجة، فیکون القول قوله. نعم ظاهر الروایة عدم الحاجة الی الیمین، و هو غیر جار علی القواعد علی کل من التخریجین، فإن الأب و إن کان منکراً علی تخریج المحقق، لکن المنکر لا یقبل قوله بلا یمین. أما بناء علی تخریج کاشف اللثام فالأب یکون مدعیاً، فقبول قوله بلا یمین و لا

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۰۲

[(مسألة ۲۰): لا یصح نکاح الحمل و إنکاحه]

(مسألة ۲۰): لا یصح نکاح الحمل و إنکاحه (۱)

بینة أبعد عن العمل بالقواعد. و لأجل ما ذکرنا یشکل التوجیهان معاً.

و حینئذ یدور الأمر فی الروایة بین الأخذ بظاهرها. و طرحها. لکن الأول متعین لصحتها، و عدم ما یقتضی وهنها، کما عرفت. فلاحظ.

(۱) قال فی الشرائع: «یشترط فی النکاح امتیاز الزوجة عن غیرها بالإشارة أو التسمیة، أو الصفة. فلو زوجه إحدى بنتیه. أو هذا الحمل، لم یصح العقد». و مثله فی القواعد و غیرها. و یظهر من کلماتهم أنه مما لا خلاف فیه. بل فی المسالک: جعل المنع فی الحمل أولى، لعدم التعیین لاحتمال کونه واحداً و أزید. مضافاً الى احتمال کونه غیر قابل لنکاح المخاطب، بأن یکون ذکراً أو خنثى مشکلا. انتهى. و یشکل بأن اعتبار التعیین فی مقابل التردید أو جعله کلیاً تقدم فی المسألة السابعة عشرة. و أما التعیین فی مقابل الجهالة بالوحدة و التعدد، و الذکورة و الأنوثة، فلا دلیل علیه.

فلو قال له: «زوجتک من فی الحجرة من الجواری واحدة کانت أو متعددة» أو «زوجتکها إن کانت أنثى» فلا دلیل على بطلانه، و مقتضى الإطلاقات الصحة. لکن ظاهر الأصحاب المنع من نکاح الحمل و إنکاحه و إن علم أنه واحد، أو أنثى، أو ذکر. و حینئذ فلا یکون المنع من جهة فقد التعیین، بل لخصوصیة فیه. و لعله إجماع منهم. و فی الجواهر: أن العمدة فیه الإجماع إن تمَّ. انتهى. و کأنه متوقف فی تحقق الإجماع على المنع.

و المصنف (ره) علل الحکم بالانصراف. و کأن منشأ الانصراف کون الحمل ناقص البشریة، فلا ینصرف الیه الدلیل. لکن إن کان توقف فهو فی الحمل بعد ولوج الروح فیه. أما قبل ذلک: فلا ینبغی التأمل فیه لاعتبار الإنسانیة فی تحقق الزوجیة المفقودة فیه. و إما بعد ولوج الروح:

فیمکن أن یکون الوجه أیضاً فی المنع عدم ثبوت الولایة على الحمل بالنسبة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰۳

و إن علم ذکوریته أو أنوثیته، و ذلک لانصراف الأدلة. کما لا یصح البیع أو الشراء منه و لو بتولی الولی. و إن قلنا بصحة الوصیة له عهدیة (۱)، بل أو تملیکیة أیضا.

[(مسألة ۲۱): لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر]

(مسألة ۲۱): لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر (۲) مما یختلف به الرغبات و تکون موجبة لزیادة المهر أو قلته، فلا یضر بعد تعیین شخصها الجهل بأوصافها. فلا تجری قاعدة الغرر هنا (۳).

الى ذلک، فیکون المنع لقصور فی المتصرف، لا فی موضوع التصرف.

و أما البیع و الشراء له: فالظاهر أنه فی الجملة لا إشکال فیه، فإنه یجوز للوصی بیع الترکة، و إن کان بعض الورثة حملًا، و إذا عزلت حصة الحمل فخیف علیها جاز للحاکم الشرعی أو غیره بیعها بما لا یخاف علیه.

فلاحظ. و من ذلک تعرف الإشکال فی قوله: «کما لا یصح ..».

(۱) لا إشکال فی أنه لا تصح الوصیة العهدیة إلى الصبی منفرداً، فضلًا عن الحمل. و أما منضماً الى البالغ- بمعنى کونه وصیاً حین الإیصاء و إن کان لا یصح تصرفه- فالظاهر الصحة أیضاً، لعموم الأدلة، و لا یحتاج فیها الى القبول، کی یدعى عدم الدلالة علیه، فلا تصح. و إما التملیکیة: فإنه لو توقفت على القبول- کما هو المشهور- کفى القبول بعد الولادة منه بعد البلوغ، أو من ولیه قبله.

(۲) فی الجواهر ادعى الضرورة على ذلک. و یقتضیه السیرة القطعیة. نعم یظهر من کشف اللثام فی المسألة السابقة قدح کثرة الجهالة. و لکنه غیر ظاهر.

(۳) فإن

النبوی المشهور: «نهى النبی عن بیع الغرر» «۱»

یختص

(۱) الوسائل باب: ۴۰ من أبواب آداب التجارة حديث: ۳، مستدرک الوسائل باب: ۳۱ من أبواب آداب التجارة حديث: ۱، کنز العمال الجزء: ۲ حديث: ۴۹۲۰، ۴۹۲۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰۴

[فصل فی مسائل متفرقة]

اشارة

فصل فی مسائل متفرقة

[(الأولى): لا يجوز فی النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار فی نفس العقد]

(الأولى): لا يجوز فی النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار فی نفس العقد (۱).

بالبيع. و ما فی بعض كتب العلامة من أنه نهى النبی عن الغرر «۱» لم يثبت، کی يدل على المنع عن الغرر فی المقام و غيره من المعاوضات غير البيع. و لو ثبت فالسيرة القطعية توجب الخروج عنه. و الله سبحانه ولی السداد.

فصل فی مسائل متفرقة

(۱) اتفاقاً، كما فی كشف اللثام. بل فی الجواهر: «لا أجد خلافاً فی بطلان شرط الخيار، بل لعل الإجماع بقسميه عليه» و فی مكاسب شيخنا الأعظم: «عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالک:

الإجماع عليه». و علله فی جامع المقاصد و المسالک و غيرهما: بأنه ليس معاوضة محضة. و لهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه. و لأن فيه شائبة العبادة، و العبادات لا يدخلها الخيار. و لأن اشتراط الخيار يفضی الى فسخه بعد ابتذال المرأة، و هو ضرر، و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له.

و لعدم الحاجة إليه، لأنه لا يقع إلا بعد فكر و رؤية و سؤال كل من الزوجين عن صاحبه، بخلاف البيع فی الأسواق بلا فكر و روية. و لما

فی خبر أبان من قول الصادق (ع): «إنک إن لم تشترط

(يعنی: تشترط الأيام)

---

(۱) التذكرة الفصل الثانی من الإجارة الركن الثالث المسألة الثانية.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰۵

فلو شرطه بطل. و فی بطلان العقد به قولان، المشهور على أنه باطل (۱).

كان تزويج مقام» «۱».

و

فی خبر آخر: «تزويج البتة» «۲»

، فإن ذلک یشعر بالاستقرار و عدم التزلزل، لکن الجمیع کما ترى ظاهر الاشکال.

و قد یستدل له بما

فی صحیح الحلبی المروی فی الفقیه و التهذیب: «إنما یرد النکاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» «۳».

و یشکل بأن الظاهر نفی الرد من غیر المذکورات من العیوب، لا نفی الرد مطلقاً.

و مثله دعوى أن اللزوم فی عقد النکاح من الأحکام لا من الحقوق، فاذا کان من الأحکام کان منافیاً لشرط الخیار، و الشرط المنافی لمقتضى العقد باطل. فإنها لا تخلو من مصادرة، إذ لا یظهر الفرق فی مرتکزات العرف بین النکاح و غیره من عقود المعاوضات. اللهم إلا أن یستدل على ذلک بعدم صحة التقابل فیه، فیدل ذلک على لزومه بنحو لا یکون الاختیار فیه للمتعاقدین، فیکون شرط الخیار منافیاً لمقتضاه، اللهم إلا أن یناقش فی ذلک بدعوى کون ذلک مقتضى إطلاقه، لا مقتضى ذاته.

فاذاً العمدة فیه الإجماع المدعى، و إن کان ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز، لأنه نسب المنع الى المشهور. و لکن لم یعرف بذلک قائل، و لا من نسب ذلک الى قائل. و فی جامع المقاصد: أنه قطعی. و قد عرفت حکایة الإجماع علیه عن جماعة.

(۱) نسب البطلان الى المشهور فی کلام جماعة، منهم المسالک،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المتعة حدیث: ۲.

(۲) لم نعثر علیه فی مظانه من أبواب الوسائل و مستدرکها و الحدائق. نعم ذکره فی الجواهر فی المسألة الرابعة فی اشتراط الخیار فی الصداق خاصة من مسائل أحکام العقد.

(۳) من لا یحضره الفقیه الجزء: ۳ صفحة: ۲۷۳، و التهذیب: الجزء: ۷ صفحة: ۴۲۴ طبعة النجف الحدیثة، الوسائل باب: ۱ من أبواب العیوب و التدلیس حدیث: ۶ و ملحقة.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰۶

و عن ابن إدریس: أنه لا یبطل (۱) ببطلان الشرط المذکور.

و لا یخلو قوله عن قوة، إذ لا فرق بینه و بین سائر الشروط الفاسدة فیه، مع أن المشهور على عدم کونها مفسدة للعقد.

و دعوى: کون هذا الشرط (۲) منافیاً لمقتضى العقد، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التی لا یقولون بکونها مفسدة. کما ترى (۳).

و کشف اللثام، و الجواهر.

(۱) قال فیما حکى عنه: «لا دلیل على بطلان العقد من کتاب، و لا سنة، و لا إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم یذهب الى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو من تخریج المخالفین و فروعهم. اختاره الشیخ على عادته فی الکتاب».

(۲) هذه الدعوى ذکرها فی الجواهر، و جعلها الوجه فی بطلان العقد ببطلان الشرط فی المقام، و إن قلنا بأن فساد الشرط بالمخالفة للکتاب و السنة لا یبطل النکاح. و وجه منافاة الشرط لمقتضى العقد: أن مقتضى العقد اللزوم، فالخیار مناف له.

(۳) لأن بطلان العقد بالشرط المنافی إنما یکون فی الشرط المنافی لمفهوم العقد کما فی: «بعتک بلا ثمن» أو «أجرتک بلا أجرة»، أو المنافی لمقتضاه و کان الاقتضاء عرفیاً، لأنه حینئذ یمتنع القصد الى مضمون العقد و مضمون الشرط، لأنه من القصد الى المتنافیین. إما إذا کان الاقتضاء شرعیاً محضاً- کما فی المقام- فلا مانع من القصد الى المضمونین معاً، إما لعدم الالتفات الى مقتضى العقد شرعاً، أو مع الالتفات الیه و قصد خلافه تشریعاً. و دعوى: کون اللزوم من ذاتیات النکاح، لا من أحکامه الشرعیة، و لا من حقوق المتعاقدین. کما ترى، مما لا یساعدها عرف، و لا شرع، فان ثبوت الخیار لأحد الزوجین فی العیوب إذا کانت فی الآخر

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۰۷

و أما اشتراط الخیار فی المهر فلا مانع منه (۱)، و لکن لا بد من تعیین مدته (۲). و إذا فسخ قبل انقضاء المدة یکون کالعقد بلا ذکر المهر، فیرجع الی مهر المثل. هذا فی العقد الدائم الذی لا یلزم فیه ذکر المهر. و إما فی المتعة حیث أنها لا تصح

مما لا ریب فیه، و لا یعد منافیاً لمفهومه. هذا مضافاً الی أن التحقیق أن عقد الانقطاع راجع الی عقد التزویج بشرط الانفساخ فی الأجل، و لا ریب أن شرط الانفساخ أولی بالمنافاة للنکاح من شرط الخیار، فاذا ثبت عدم المنافاة فی الأول، فعدم المنافاة فی الثانی أولی.

و من ذلک یظهر ضعف ما ذکره فی الشرائع من التردد، و جعل منشأه الالتفات الی تحقق الزوجیة لوجود المقتضی و ارتفاعه عن تطرق الخیار، و الالتفات الی عدم الرضا بالعقد لترتبه علی الشرط. انتهی. فان وجه الثانی إن تمَّ لم یکن وجه للصحة. و إلا فلا موجب للبطلان.

(۱) کما هو المعروف بینهم، المصرح به فی کلام جماعة، کالشرائع و القواعد و المسالک و کشف اللثام و غیرها، مرسلین له إرسال المسلمات، من دون تعرض فیه لخلاف، أو إشکال، معللین له بأن الصداق لیس رکناً فی العقد، بل عقد فی ضمن العقد، فلا مانع من الخیار فیه، و یبقی أصل النکاح بحاله، کما لو خلی من أول الأمر عن الصداق.

(۲) کما صرح بذلک فی المسالک و الجواهر و کشف اللثام أیضاً. لکن احتمل فیه العدم، لإطلاق العبارات. و فی الجواهر: «ربما احتمل فیه عدم اعتبار ضبطه، لذلک (یعنی: إطلاق الأصحاب)، و لأنه یغتفر فیه من الجهالة ما لا یغتفر فی غیره. لکن المذهب الأول». و لم یظهر وجهه فی قبال إطلاق الأدلة. اللهم إلا أن یکون ترک التعیین موجباً للإبهام من کل وجه، بحیث لا یقدم علیه العقلاء.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۰۸

بلا مهر، فاشتراط الخیار فی المهر فیها مشکل (۱).

[(الثانیة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجیة رجل فصدقها]

(الثانیة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجیة رجل فصدقها، حکم لهما بذلک (۲) فی ظاهر الشرع، و یرتب جمیع آثار الزوجیة بینهما. لأن الحق لا یعدوهما (۳)، و لقاعدة الإقرار (۴). و إذا مات أحدهما ورثه

---

(۱) لأنه بفسخ المهر ینفسخ العقد. لاعتبار المهر فی عقد المتعة حدوثاً و بقاء، فیرجع اشتراط الخیار فیه الی اشتراطه فی عقد النکاح، الذی عرفت الإجماع علی عدم صحته. اللهم إلا أن لا یشمل المقام. لکنه کما تری، بل المقطوع به أن حکمهم بصحة اشتراطه فی الصداق مختص بالدائم.

یظهر ذلک بأقل تأمل فی کلامهم. فلاحظ.

(۲) کما فی الشرائع و القواعد و غیرهما، بلا خلاف فی ذلک ظاهر، و فی الحدائق: أنه لا ریب فی الحکم المذکور.

(۳) قال فی المسالک: «لأن الحق ینحصر فیهما. و قد أقرا به، فیدخلان فی عموم:

(إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز) «۱»

، لأنه الفرض، و نحوه ما فی کشف اللثام و الحدائق و الجواهر. و المصنف جعله فی مقابل قاعدة الإقرار. و هو بناء علی ذلک غیر ظاهر. اللهم إلا أن یرجع الی الدعوی بلا معارض. لکن دلیله من النص- إن تمَّ- لا یشمل المقام. أو یرجع الی الاخبار عن نفسه أو ما تحت یده، کما لو أخبر بطهارة بدنه و نجاسته و نحوهما. لکن عمومه للمقام غیر ثابت. و کذا لو أخبر عن نسبه، و عدالته و اجتهاده، و فقره.

(۴) لکن القاعدة تختص بما یکون علی نفسه، فلا تشمل ما یتعلق بغیره، و منه إرث أحدهما من الآخر، فإنه یتعلق بوارثه. فالأولی التمسک

---

(۱) غوالی اللئالی: أواخر الفصل التاسع من المقدمة، کتاب الشهاب للقضاعی الصفحة: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۰۹

الآخر. و لا فرق فی ذلک بین کونهما بلدین معروفین أو غریبین (۱). و إما إذا ادعی أحدهما الزوجیة و أنکر الآخر فیجری علیهما قواعد الدعوی (۲)، فان کان للمدعی بینة (۳) و إلا فیحلف المنکر أو یرد الیمین، فیحلف المدعی و یحکم له بالزوجیة. و علی المنکر ترتیب آثاره فی الظاهر (۴). و لکن یجب علی کل منهما العمل علی الواقع (۵) بینه و بین الله. و إذا

له بالإجماع، و یکون حینئذ من صغریات قاعدة: من ملک شیئاً ملک الإقرار به، فیکون الإجماع علیه دلیلا علی القاعدة، کسائر الموارد التی کان الإجماع علیها دلیلًا علی القاعدة المذکورة. و الظاهر أن هذه القاعدة کما هی معقد إجماع قولی، معقد إجماع عملی، و سیرة المتشرعة. بل الظاهر أنها قاعدة عقلائیة أیضاً.

(۱) خلافاً لبعض العامة، فمنع من قبول الإقرار فی البلدین بناء منه علی اعتبار الاشهاد فی النکاح، و سهولة إقامة البینة فی البلدیین. و ضعف المبنی و الابتناء ظاهر، ضرورة عدم اعتبار الاشهاد عندنا. و لو سلم فإنما یعتبر فی مقام الثبوت لا الإثبات. و لو سلم فلا فرق بین البلدیین و الغریبین، لإمکان إشهاد البلدیین غریبین، فیصعب الاشهاد، و بالعکس، فیسهل الاشهاد. مضافاً الی أن قبول الإقرار لا یختص بالبلد.

(۲) کما فی الشرائع و القواعد و غیرهما، مرسلین له إرسال المسلمات.

و یقتضیه عموم الأدلة.

(۳) یعنی: تسمع البینة، و یحکم بثبوت الزوجیة.

(۴) یعنی: آثار الحکم بالزوجیة فی الظاهر. عملًا بأدلة وجوب العمل بالحکم، و حرمة رده.

(۵) کما صرح به فی المسالک و کشف اللثام و غیرهما، و یظهر منهم

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۱۰

حلف المنکر حکم بعدم الزوجیة بینهما، لکن المدعی مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه. فلیس له إن کان هو الرجل تزویج الخامسة، و لا أم المنکرة، و لا بنتها مع الدخول بها، و لا بنت أخیها أو أختها إلا برضاها، و یجب علیه إیصال المهر إلیها. نعم لا یجب علیه نفقتها، لنشوزها بالإنکار (۱). و إن

أنه إجماعی. فإن الحکم عندنا طریق، لا موضوع لتبدل الواقع.

ففی صحیح هشام بن الحکم عن أبی عبد الله (ع): «قال: قال رسول (ص): إنما اقتضی بینکم بالبینات و الایمان، و بعضکم ألحن بحجته من بعض، فأیما رجل قطعت له من مال أخیه شیئاً فإنما قطعت له قطعة من النار» «۱».

هذا مع العلم بالواقع. إما مع قیام حجة علیه فالظاهر أن حکم الحاکم مقدم علیه، کما أشرنا الی ذلک فی بعض مباحث التقلید. فراجع.

(۱) قال فی المسالک: «و أما النفقة: فلا تجب علیه، لعدم التمکین الذی هو شرط وجوبها» و نحوه فی کشف اللثام و الجواهر. و فی الحدائق نسبته إلی الأصحاب. و هو یتوقف علی أن الشرط فی النفقة التمکین، فاذا فات و لو لعذر لم تجب. و لأجل أن التحقیق أن التمکین لیس شرطاً فی وجوب النفقة، بل عدم النشوز، و النشوز مانع من وجوبها، عدل المصنف عن التعلیل المذکور فی کلامهم الی

التعلیل بما ذکر. لکن لم یتضح کون الإنکار یقتضی النشوز، لأنه التمرد علی الزوج و الامتناع من أداء حقوقه لغیر عذر، و الإنکار نفسه لیس کذلک. نعم العمل علیه یکون نشوزاً.

لکن لا- مطلقاً، بل إذا لم یکن عن عذر، فإن الحائض یحرم علیها التمکین، فاذا امتنعت منه لم تکن ناشزاً، و المستطیعة یجب علیها السفر، فاذا سافرت بغیر إذن الزوج لم تکن ناشزاً، إذ لا دلیل علی ذلک. مع أن الظاهر أنه

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۱۱

کانت هی المدعیة لا یجوز لها التزویج بغیره (۱) إلا- إذا طلقها و لو بأن یقول: «هی طالق إن کانت زوجتی». و لا یجوز لها السفر من دون إذنه. و کذا کل ما یتوقف علی إذنه. و لو رجع المنکر إلی الإقرار هل یسمع منه و یحکم بالزوجة بینهما؟ (۲) فیه قولان. و الأقوی: السماع، إذا أظهر عذراً لإنکاره،

لا إشکال فیه. فاذا کان إنکارها الزوجیة عن عذر لم تکن ناشزاً، و إلا کانت ناشزاً إذا عملت علی ذلک الإنکار، بنحو یکون فیه تمرد علی حقوق الزوج.

(۱) کما صرح بذلک الجماعة لما سبق.

(۲) السماع منه تارة: بلحاظ الحکم بالزوجیة، فیکون الحکم کما لو تصادقا من أول الأمر. و لم أقف علی وجود قولین فی المسألة. و الذی ینبغی أن یقال: إن الحکم بالزوجیة إذا تصادقا من أول الأمر إن کان المستند فیه قاعدة: «من ملک شیئاً ..» فالظاهر أن القاعدة المذکورة کما تدل علی حجیة الإقرار بالثبوت، کذلک تدل علی حجیة الإقرار بالعدم.

و حینئذ تتعارض فی المقام بالنسبة إلی الإنکار و الإقرار، فلا یسمع أحدهما.

اللهم إلا- أن یقال: إنه یملک الإقرار بکل منهما، کما یملک الخدش فیهما، فاذا ذکر عذراً له فی الإنکار السابق کان الإقرار اللاحق حجة، و إذا ذکر عذراً له فی الإقرار اللاحق کان الإنکار السابق حجة. لأن دلیل القاعدة یقتضی جواز التعویل علیه فی ذلک کله. و إن کان المستند فیه قاعدة:

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» تعین العمل علی الإقرار، و لا یعتد بالإنکار السابق، عملًا بإطلاق دلیل القاعدة. و کأن احتمال عدم السماع فی المقام مبنی علی انصراف القاعدتین الی غیر الفرض. و أخری: بلحاظ جهات أخر یأتی الکلام فیها.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۱۲

و لم یکن متهماً (۱)، و إن کان ذلک بعد الحلف (۲). و کذا المدعی إذا رجع عن دعواه (۳) و کذب نفسه.

---

(۱) اقتصاراً علی القدر المتیقن من معقد الإجماع فی قاعدة: «من ملک شیئاً ملک الإقرار به».

(۲) فان الحلف و حکم الحاکم به لا یوجبان تبدل الواقع، إذ لا موضوعیة لهما فی ذلک عندنا. نعم فی مسألة اختلاف الزوجین فی وقوع العقد حال الإحرام إذا کان المدعی لذلک الزوج، و کانت المرأة منکرة، فحلفت.

و حکم لها الحاکم، فعن المبسوط: أنه یتنصف المهر إذا کان قبل الدخول.

و فی الدروس: «ظاهر الشیخ انفساخ العقد حینئذ، و وجوب نصف المهر إذا کان قبل المسیس و جمیعه بعده». و إشکاله ظاهر، إذ لا مقتضی لهذا الانفساخ، و لا- سیما و کونه خلاف ظاهر الأصحاب. و أما السماع بلحاظ الخصومة: فلا مجال له. إذ بالإقرار حصل الاتفاق بین الزوج و الزوجة و التصادق علی الزوجیة، فلا خصومة بینهما. و أما السماع بلحاظ إلزام المنکر باللوازم الشرعیة، بمعنی: أن

الإقرار مانع من إلزامه بلوازم إلزام المنکر باللوازم الشرعیة، بمعنی: أن الإقرار مانع من إلزامه بلوازم الإنکار من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فهو الظاهر، لأنه یکفی فی سقوط ذلک الإلزام احتمال الصحة، إذ لا دلیل علی وجوب الأمر بالمعروف إذا لم تکن حجة علی الإصرار علی المنکر، فما دام الفاعل محتمل الصحة یسکت، و لا یجب أمره بالمعروف. اللهم إلا أن یکون دلیل نفوذ الإقرار علی المقر یقتضی ذلک، کما سیأتی من بعض.

(۳) یعنی: أنکر الزوجیة، و وافق خصمه علی نفی الزوجیة، فإنه یسمع إنکاره و إن کان إنکاراً بعد الإقرار. و السماع هنا إن کان بالنسبة إلی نفی الزوجیة: فهو فی محله، لما عرفت فی الفرض السابق بعینه.

و إن کان بالنسبة إلی إلزامه بأحکام الزوجیة التی أقر بها: فقیل: یؤخذ

.....

بإقراره، قال فی الجواهر: «و فی المسالک لا فرق فی ثبوت هذه الاحکام بین حلف الآخر و عدمه. لأنها مترتبة علی نفس دعوی الزوجیة. بل قیل: و لا بین تکذیب المدعی دعواه بعد ذلک و عدمه. قلت: هو کذلک.

لکن قد یقال: إن ذلک کله جائز للمدعی إذا اعترف بعد ذلک بأنه قد کان مبطلًا فی الدعوی. لأنه شیء لا یعلم إلا من قبله. مع احتمال الإلزام بإقراره». انتهی ما فی الجواهر. و الظاهر أن مراد المصنف بالسماع فی هذا الفرض: السماع بلحاظ ذلک، لا بلحاظ نفی الزوجیة. و وجهه:

أنه لا عموم فی قاعدة الإقرار لما إذا ذکر عذراً فی الإقرار غیر بیان الواقع، لأنها و إن کانت شرعیة، لکنها إمضاء لما عند العقلاء، لا تأسیس حجیة. فالدلیل الدال علیها بقرینة ذلک ینزل علی ما عند العقلاء.

و الظاهر أن بناءهم علی عدم الأخذ بالإقرار إذا کان صادراً لغیر بیان الواقع بل لأمر آخر. لذلک قال فی الشرائع فی کتاب الإقرار: «إذا شهد علی نفسه بالبیع و قبض الثمن، ثمَّ أنکر فیما بعد، و ادعی أنه أشهد تبعاً للعادة، و لم یقبض. قیل: لا تقبل دعواه، لأنه مکذب لإقراره. و قیل:

یقبل، لأنه ادعی ما هو معتاد. و هو أشبه». و فی المسالک: نسبة الأخیر إلی الأکثر. و فی الجواهر: «لم نتحقق القائل بالأول من العامة، فضلا عن الخاصة، و انه لم نجد خلافه فی القبول». و استدل له بما دل علی أن البینة علی المدعی، و الیمین علی من أنکر. و یشکل: بأنه خلاف ما دل علی عدم قبول الإنکار بعد الإقرار. و یندفع: بأن الدلیل علیه لیس إلا ما دل علی نفوذ الإقرار، فإذا کان الدلیل قاصراً عن شمول الإقرار الصادر لغیر بیان الواقع، بل لسبب من الأسباب، لم یکن دلیل علی عدم قبول الإنکار فی المقام، فتکون دعوی المواطاة مسموعة، لعموم الأدلة، کدعوی فسق الشاهد.

.....

نعم لما کانت دعوی المواطاة خلاف الأصل فی الخبر کان مدعیها مدعیاً، و منکرها منکراً علیه الیمین، فاذا حلف المنکر المشتری علی عدم المواطاة بطلت دعوی المواطاة من البائع. و من ذلک یظهر أن الیمین من المنکر فی المقام علی عدم المواطاة لا علی عدم القبض- کما عن الکفایة- و لا علی أحدهما کما عن جامع المقاصد و الروضة- لأن الدعوی لم تکن علی القبض، و إنما کانت علی المواطاة لا غیر، فالیمین علی القبض خارجة عن محط الدعوی.

و من ذلک یتحصل أمور: (الأول): ان الإقرار فی قاعدة: «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» و قاعدة: «من ملک شیئاً ملک الإقرار به»،

يختص بالإقرار الصادر لبيان الاعلام، و لا يشمل ما كان صادراً لفرض آخر أو غلطاً. (الثانى): ان الإقرار فى قاعدة: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» لا ـ يختص بالإقرار بالوجود، بل يعم الإقرار بالعدم، و الإقرار بالخدش فى إقراره بالوجود أو العدم. فإذا أقر الحاكم الشرعى بالحكم بالهلال قبل، و إذا أقر بعدم الحكم قبل، و إذا أقر بأن إقراره بالحكم كان سهواً أو غلطاً قبل، و كذا فى إقراره بالعدم. (الثالث): أنه لا يختص الإقرار الخارج عن عموم القاعدتين بما كان خلافه عادياً كما يظهر من الشرائع.

فإذا ادعى المقر بخدش فى إقراره بأمر غير عادى يقبل الخدش، و يسقط الإقرار. و لذلک قال فى الجواهر: «إن الأقوى فى النظر، إن لم يكن إجماع، عدم خصوصية للمقام، فتسمع الدعوى مطلقاً إذا ذكر وجها ممكناً لإقراره الأول». (الرابع): ان السماع فى الفرض الأول المذكور فى المتن بلحاظ الحكم بالزوجية، و السماع فى الفرض الثانى بلحاظ إلزامه بأحكام ما أقر به أولا ـ من باب الأمر بالمعروف، فلا يلزم به (الخامس):

إن الوجه فى السماع فى الأول قاعدة: «من ملک ..» و الوجه فى السماع

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۱۵

نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلک بعد إقامة البينة منه على دعواه (۱)، إلا إذا كذبت البينة أيضا نفسها.

[(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر]

(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر، لم تسمع دعواه، إلا بالبينة (۲).

نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين. فان وجه الدعوى

فى الثانى: اختصاص قاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» بغير المورد. فالسماع فى المقامين ليس بلحاظ واحد، و لا دليله فى المقامين واحد.

(۱) لان تكذيبه البينة لا يسقطها عن الحجية، و إنما يوجب سقوط حقه عند الحاكم، فيجب العمل بالبينة، و يكون الحال كما إذا أنكر بعد الإقرار من دون بيان خلل فى الإقرار. و عليه فاذا كان مقتضاها إلزامه بأحكام الإقرار من عدم تزويج الخامسة، أو تزويج أمها، أو أختها، أو بنتها، و نحو ذلک، لزم العمل به.

(۲) كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما. و نسب الى جمع من الأصحاب.

و الى الأكثر. و استدل له

بخبر يونس قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة فى بلد من البلدان، فسألها: لک زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها. ثمَّ إن رجلا أتاه، فقال: هى امرأتى، فأنكرت المرأة ذلک، ما يلزم الزوج؟

فقال (ع): هى امرأته إلا أن يقيم البينة» «۱».

و نحوه مكاتبة الحسين ابن سعيد

. و

فى خبر عبد العزيز بن المهتدى قال: «سألت الرضا (ع) قلت: جعلت فداک إن أخى مات و تزوجت امرأته، فجاء عمى، فادعى أنه كان تزوجها سرا، فسألتها عن ذلک، فأنكرت أشد الإنكار. و قالت:

ما بينى و بينه شىء قط. فقال (ع): يلزمک إقرارها. و يلزمه إنكارها» «۲».

---

(۱) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب عقد نكاح حديث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۱۶

.....

و كأن عدم التعرض فيه للبينة من جهة فرض السر فى السؤال. و استدل له أيضا فى المسالک و غيرها: بأن اليمين إنما تتوجه على المنكر إذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحق و نفع المدعى، و الأمر هنا ليس كذلک، لأن المرأة لو صادقت المدعى على دعواه لم تثبت الزوجية، لأن إقرارها واقع فى حق الغير، و هو الزوج. و كذا الحال لو ردت اليمين على المدعى، فإنها لا تصلح حجة فى منع الزوج عن حقه الثابت شرعاً. و نحوه يقرر فيما لو وجه الدعوى على الزوج.

لكن فى المسالک: «ذهب جماعة من الأصحاب إلى قبول الدعوى، و توجه اليمين و الرد هنا، و إن لم تسمع فى حق الزوج. و فائدته على تقدير الإقرار ثبوت مهر المثل على الزوجة للمدعى، لحيلولتها بينه و بين البضع بالعقد الثانى .. الى أن قال: و على تقدير رد اليمين على المدعى، أو نكولها عن اليمين، و القضاء للمدعى بالنكول، أو مع اليمين، فالحكم كذلک. و مبنى القولين: أن منافع البضع هل تضمن بالتفويت أم لا؟ ..

الى أن قال: و القول بسماع الدعوى و ثبوت الغرم متجه. عملا بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من أنكر».

و يمكن أن يقال- كما فى الجواهر و غيرها-: بسماع الدعوى و إن لم نقل بمالية البضع، و لا بثبوت الغرم للحيلولة، لعموم الأدلة. و يكفى فى صحة سماع الدعوى ترتب الأثر فى الجملة، و لو عند فراق الزوج الثانى، أو عند توجيه الدعوى عليه أيضا فينكلان هو و الزوجة، فتثبت دعوى الأول، أو يردا معا اليمين عليه، فيحلف فتثبت أيضا. إذ يكفى فى صحة السماع ترتب الثمرة العملية فى الجملة، فإنه إذا اختلف المالک و المستأجر فى مدة الإجارة، فقال المالک: عشر سنين، و قال المستأجر: عشرين سنة، سمعت دعوى المستأجر، و إن لم يكن لها أثر فعلى. و كذلک لو باع عيناً

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۱۷

على الامرأة فأنكرت و حلفت سقط دعواه عليها. و إن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج و تبقى على زوجية الزوج مع عدمها (۱)، سواء كان عالماً بكذب المدعى أولا، و إن أخبر ثقة واحد بصدق المدعى، و إن كان الأحوط حينئذ طلاقها (۲). فيبقى النزاع بينه و بين

فى يده على آخر، فادعى ثالث أنها له، لم تسمع دعواه، و إن كان البائع عاجزاً عن دفع الغرامة، فيكفى فى سماع الدعوى ترتب الاستحقاق إذا كان فى معرض أن يترتب عليه فعلية الاستيفاء. نعم إذا لم تكن هذه المعرضية لا مجال للسماع. و الظاهر أنه إجماع.

ثمَّ إنک عرفت فى بعض المباحث السابقة أن منافع البضع غير مضمونة، فاذا صح الابتناء- كما فى المسالک- فاللازم القول بعدم السماع. لكن الابتناء غير ظاهر، كما تقدم. و هو العمدة فيما ذكره فى الشرائع و غيرها.

و أما النصوص: فظاهرها بيان تكليف الزوج، و ما يلزمه حين ما يدعى الرجل الزوجية، قبل مراجعة القاضى و التحاكم عنده، لا بيان كيفية حسم النزاع و الخصام فاذاً لا مجال للاستدلال بها على عدم انقطاع الدعوى إلا بالبينة، أخذاً بالإطلاق.

و من ذلک يظهر لک الوجه فيما ذكره المصنف (ره) بقوله: «نعم له مع عدمها ..»، و كان المناسب أن يقيد عبارته الأولى بما إذا كان التداعى بينهم فى غير مجلس القضاء، و هذه العبارة بما إذا كان التداعى فى مجلس القضاء.

(۱) يعنى: عدم البينة.

(۲)

لموثق سماعة قال: «سألته عن رجل تزوج أمة (جارية. خ ل) أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة، فقال: إن هذه امرأتى،

الزوج، فان حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضا، و إن نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف فى الدعوى على الزوجية بعد الرد عليه، و إن كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه و بينها كما إذا وجه الدعوى أولا عليه.

و الحاصل: ان هذه دعوى على كل من الزوج و الزوجة، فمع عدم البينة إن حلفا سقط دعواه عليهما، و إن نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه.

و إن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج فى الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه، و الزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت و رد الحاكم عليه فحلف و إن كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج، إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت اليه، سواء قلنا (۱) إن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار، أو بمنزلة البينة، أو قسم ثالث (۲). نعم

و ليست لى بينة. فقال (ع): إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه» «۱».

و لم يعرف عامل به، فيتعين حمله على الاستحباب، للاحتياط.

(۱) إذ هى على كل واحد من الوجوه المذكورة تكون مثبتة لحق الحالف على خصمه.

(۲) إذا كانت بمنزلة الإقرار تكون طريقاً إلى إثبات الحق على المنكر فقط، فلا يتعدى الى غيره، كما هو حال الإقرار. و إذا كانت بمنزلة البينة تكون طريقاً إلى إثبات المدعى و لوازمه، كما هو حال البينة. و إذا

---

(۱) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

فى استحقاقها النفقة و المهر المسمى على الزوج إشكال (۱)، خصوصاً إن قلنا أنه بمنزلة الإقرار (۲) أو البينة. هذا كله إذا كانت منكرة لدعوى المدعى. و إما إذا صدقته و أقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج، و لكنها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحق النفقة على الزوج و لا المهر المسمى، بل و لا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغية بمقتضى إقرارها

كانت على وجه آخر فيمكن أن يثبت بعض اللوازم دون بعض. و قد ذكروا فروعاً تتفرع على الخلاف المذكور. منها: ما لو أقام المدعى عليه بينة على أداء الدين أو الإبراء منه، بعد أن حلف المدعى للدين. فان قلنا أن اليمين كالبينة سمعت البينة من المدعى عليه. و إن جعلناها كالإقرار منه لم تسمع، لكونه بإقراره «۱» مكذب لبينته. و الذى حكاه فى الجواهر عن بعض متأخرى المتأخرين: أنها قسم ثالث، فقد يجرى عليها حكم الإقرار، و قد يجرى عليها حكم البينة، و قد لا يجرى عليها حكم أحدهما.

و جعله فى الجواهر هو المتجه. و كذلك المصنف فى كتاب القضاء.

(۱) لأن النفقة و المهر المسمى من حقوق الزوجة الثابتة لها لأجل زوجيتها، فاذا ثبتت زوجيتها للمدعى باليمين المردودة فقد سقطت حقوق زوجيتها للآخر، و ثبتت لها بالإضافة الى المدعى لو لا إقرارها بنفى الزوجية له، فلا وجه لمطالبتها الزوج بها. و بالجملة: مقتضى اليمين المردودة نفى حقوقها الثابتة لها من جهة زوجيتها لغير المدعى.

(۲) لما هو ظاهر من مقتضى الإقرار، و سيأتى فى المتن. و حال البينة أظهر فإنها حجة على نفى الاستحقاق.

---

(۱) كذا ذكر الجماعة لكنه لا ينطبق على الفرض، لكون الحالف غير المقيم البينة (منه قدس سره)

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۲۰

إلا أن تظهر عذراً (۱) فی ذلک. و ترد علی المدعی (۲) بعد موت الزوج أو طلاقه الی غیر ذلک.

[(الرابعة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة و أنكرت]

(الرابعة): إذا ادعی رجل زوجیة امرأة و أنکرت فهل یجوز لها أن تتزوج من غیره قبل تمامیة الدعوی مع الأول و کذا یجوز لذلک الغیر تزویجها، أولا إلا بعد فراغها من المدعی؟ وجهان (۳)،

---

(۱) علی ما تقدم فی المسألة الثانیة.

(۲) عملا بحکم الحاکم.

(۳) قال فی المسالک: «و مما یتفرع علی الخلاف الأول (یعنی: الخلاف فی المسألة الثالثة) جواز العقد علی هذه لغیر المدعی قبل انتهاء الدعوی و عدمه. فان قلنا بسماعها بعد التزویج و ترتب فائدتها السابقة صح العقد الثانی، و بقیت الدعوی بحالها. لکن العقد الثانی یفید سقوط تسلط المدعی علی البضع، فیحتمل لذلک عدم جواز العقد حتی ینهی الأول دعواه، لسبق حقه، فلا یسقطه الثانی بعقده. نعم لو تراخی الأول فی الدعوی أو سکت عنها فجواز العقد أجود، حذراً من الإضرار المترتب علی المنع، فان الزوج إذا علم بعدم إقدام أحد علیها أمکن أن یؤخر دعواه لذلک، لیطول الأمر علیها، و یتوجه علیها الضرر بترک التزویج، فیکون وسیلة إلی الرجوع الیه، و هو یستلزم الحرج و الإضرار المنفیین بالآیة و الروایة [۱]. و إن قلنا بعدم سماع الدعوی علی المعقود علیها أصلا

---

[۱] مثل قوله تعالی (یُرِیدُ اللَّهُ بِکُمُ الْیُسْرَ وَ لٰا یُرِیدُ بِکُمُ الْعُسْرَ) البقرة: ۱۸۵ و قوله تعالی (مٰا یُرِیدُ اللّٰهُ لِیَجْعَلَ عَلَیْکُمْ مِنْ حَرَجٍ) المائدة: ۶ و قوله تعالی (مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ) الحج: ۷۸. و قد یدل علیه خبر عبد الأعلی مولی آل سام (الوسائل باب: ۳۹ من أبواب الوضوء حدیث: ۵.)

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۲۱

من أنها (۱) قبل ثبوت دعوی المدعی خلیة و مسلطة علی نفسها. و من تعلق حق المدعی بها (۲)، و کونها فی معرض

- کما ذهب الیه المصنف- اتجه عدم جواز تزویجها الی أن تخرج من حقه بانتهاء الدعوی. و یشکل الأمر حینئذ لو ماطل بها و قصد ما ذکرناه و لعل الجواز حینئذ مطلقاً أقوی».

و التحقیق جواز التزویج علی کل من القولین، إذ لیس ما یحتمل المانعیة علی القول الأول إلا عدم تسلط المدعی علی البضع علی تقدیر الیمین المردودة من المرأة أو نکولها، و علی القول الثانی إلا سقوط حق الدعوی، لکنهما لا یصلحان للمانعیة إذ لا دلیل علی قصر سلطنة المرأة علی نفسها بمجرد ذلک. و سقوط حق الدعوی بالتزویج لا یقتضی حرمة التزویج، و لا المنع من السلطنة علیه، لأنه لیس تصرفاً فی الحق، بل من قبیل رفع موضوعه، فیسقط علی أن جواز الادعاء من الاحکام، و لم یثبت أنه من الحقوق، فإنه لا یسقط بالإسقاط. و بالجملة: بناء علی عدم سماع الدعوی من المدعی علی المزوجة، یکون الشرط فی سماع الدعوی کونها خلیة، فیکون من قبیل شرط الوجوب، و شرط الوجوب لا یجب بالوجوب، فلا مانع من أن تجعل نفسها مزوجة غیر خلیة، فتتخلص من الادعاء علیها.

و أولی منه بذلک عدم تسلط المدعی علی البضع علی تقدیر النکول أو الیمین المردودة، إذ هو محتمل الثبوت بعد ذلک، و لا یصلح العلم بثبوته لقصر السلطنة، فضلًا عن احتمال ثبوته. و فی کونه من الحقوق إشکال ظاهر، فإنه أیضا لا یسقط بالإسقاط. و الی بعض ما

ذكرنا أشار فى الجواهر.

(۱) هذا وجه الجواز. و مرجعه إلى قاعدة السلطنة على النفس.

(۲) إن كان المراد به حق الدعوى، فقد عرفت أن حق الدعوى مشروط بكونها خلية. مضافاً الى أنه لم يثبت كونه من الحقوق.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۲

ثبوت زوجيتها للمدعى (۱). مع أن ذلک تفويت حق المدعى (۲) إذا ردت الحلف عليه و حلف، فإنه ليس حجة على غيرها، و هو الزوج. و يحتمل التفصيل (۳) بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ، و بين غير هذه الصورة و الأظهر الوجه الأول. و حينئذ فإن أقام المدعى بينة، و حكم له بها كشف عن فساد العقد عليها (۴). و إن لم يكن له بينة و حلفت بقيت على زوجيتها. و إن ردت اليمين على المدعى و حلف ففيه وجهان: من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها، و من أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير، و هو الزوج. و هذا هو الأوجه (۵). فيثمر فيما إذا

---

(۱) المعرضية لا تزاحم قاعدة السلطنة على النفس.

(۲) الحق المذكور استقبالى، فلا يمنع من قاعدة السلطنة إذا كان معلوماً، فضلا عما إذا كان محتملا كما عرفت.

(۳) قد احتمله فى المسالک.

(۴) لأن البينة حجة فى المداليل الالتزامية.

(۵) الذى تقتضيه القواعد العامة، فإنه لم يثبت أن اليمين المردودة تصلح لإثبات نفى زوجية الرجل الذى تزوجها حين الدعوى. اللهم إلاـ أن يقال: إذا ثبتت زوجية الرجل المدعى انتفت زوجية الآخر، لأن الثانى من أحكام الأول لا من لوازمه، فلو فرض أن اليمين المردودة كالأصل كانت كافية فى نفى زوجية الآخر. اللهم إلا أن يقال: إنها لا تصلح لإثبات زوجية الرجل المدعى مطلقاً، بل تثبيتها من وجه دون آخر.

نظير أصالة صحة الصلاة مع الشک فى الطهارة، فإنها لا تثبت الطهارة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۳

طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعى.

و المسألة سيالة تجرى فى دعوى الأملاک (۱) و غيرها أيضا.

و الله العالم.

[(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة أخرى]

(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة أخرى لا يصح شرعا زوجيتها لذلک الرجل مع الامرأة الأولى- كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها- فهناک دعويان: إحداهما: من الرجل على الامرأة و الثانية: من الامرأة الأخرى على ذلک الرجل، و حينئذ فاما أن لا يكون هناک بينة لواحد من المدعيين، أو يكون لأحدهما دون الآخر أو لكليهما. فعلى الأول: يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فان حلفا سقطت الدعويان، و كذا (۲) إن نكلا و حلف كل من المدعيين اليمين المردودة. و إن حلف

مطلقاً، و إنما تثبتها بلحاظ الصلاة لا غير، نظير الإقرار.

(۱) كما إذا آجر الإنسان ما فى يده، فادعاه آخر، فان كانت له بينة حكم له بها، و إلا فاليمين المردودة أو نكول المالک لا يسوغ انتزاع المال من المستأجر. كالإقرار من المؤجر. و عليه فاذا ادعاه مدع قبل أن يؤجره يقع الكلام فى صحة الإجارة قبل انتهاء الدعوى.

و كـذا إذا كان وقف بيـد وليه فآجره ثمَّ ادعى الولايـة عليه آخر، فإنه يجرى فيه ما ذكر فى المسألـة الثالثـة. و هل يجوز له إيجاره بعد الدعوى على الولى، أولا، فينتظر حتى تنتهى الدعوى؟.

(۲) يعنى: تسـقط الـدعويان، مع أنه حينئـذ تثبت الـدعويان بـاليمين المردودة على المـدعى، لكن لمـا كـانت الـدعويان متكـاذبتين و متعلقتين بشخص

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۴

أحدهما و نكل الآخر و حلف مدعيه اليمين المردودة، سـقطت دعوى الأول (۱) و ثبت مـدعى الثانى. و على الثانى- و هو ما إذا كان لأحـدهما بينة- يثبت مدعى من له البينة. و هل تسـقط دعوى الآخر، أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده؟ قد يدعى القطع بالثانى، لأن كل دعوى لا بـد فيها من البينـة أو الحلف. و لكن لا يبعـد تقويـة الوجه الأول. لأن البينة حجة شـرعية و إذا ثبت بها زوجيـة إحـدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيـة الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمارة الشرعية عدم زوجية الأخرى (۲).

واحد لم يمكن الحكم بثبوتهما معاً. و لأجل ذلك قد يشـكل جواز رد اليمين من أحدهما بعد أن رد عليه اليمين من الآخر، لأن نتيجة الرد التساقط.

و لـذا قـال فى الجـواهر: «و لو ردت الأولى عليه اليمين مثلاـ فحلف هو، فهـل له رد اليمين على المدعيـة؟ وجهـان». إلاـ أن يقـال: إن التساقط ليس من آثار الرد الثانى، بل من آثار الردين و اجتماع اليمينين المردودتين.

(۱) بيمين المنكر. و ثبتت دعوى الثانى باليمين المردودة عليه.

(۲) هـذا يتم بناء على قبول بينـة المنكر، و تكون بـدلًا عن يمينه، كما عليه جماعة، و منهم المصـنف (ره). أما على المشـهور من عدم قبولها فلا بد من الرجوع الى يمين المنكر، أو اليمين المردودة على المدعى.

مضافاً الى أن بينـة أحـدهما على الزوجيـة لا تكون بينـة على نفى زوجيـة الأخرى حتى تشـهد بـذلك مطابقـة، و إلا فالشـهادة بزوجية إحداهما لا تكون شهادة بنفى زوجية الأخرى، لإمكان الغفلة عن ذلك، أو لعدم اعتقاد الملازمة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۵

و على الثالث: (۱) فاما أن يكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين متقارنتين، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى. فعلى الأولين تتساقطان (۲)، و يكون كما لو لم يكن بينة أصلا. و على الثالث: ترجح الأسبق (۳) إذا كانت تشهد بالزوجية من

نعم هى حجـة على نفى زوجيـة الأخرى، لكنها ليست شـهادة بالنفى. ثمَّ إن شـيخنا فى الجواهر ذكر أنه لا بد له من اليمين على نفى ما ادعته الأخت، وفاقاً للشـهيد. ضـرورة كونه منكراً بالنسبة إلى دعواها. و البينة على زوجية أختها لا تقتضى العلم بكذبها، ضرورة إمكان صـدق البينـة مع تقـدم العقد عليها. انتهى. و فيه: أن ذلك يتم إن كان مسـتند البينة وقوع العقد المبنى على ظاهر الصـحة، أما إذا كان المستند العلم فالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلا، تدل على كذب دعوى الأخت ضرورة.

(۱) الصور المتصورة فى المقـام هى أن البينتين إمـا مطلقتـان، أو مؤرختـان، أو إحـداهما مطلقـة و الأخرى مؤرخـة. و المؤرختان تارة: يتفق تاريخهما، و أخرى يختلف. و مع الاختلاف تارة: يتقدم تاريخ بينته، و أخرى يتقدم تاريخ بينتها. و الجميع تارة: يكون كل منهما مع الدخول، و أخرى مع عدمه

(۲) للتعارض بينهما و التكاذب.

(۳) هذا إذا كانت تشـهد بالبقاء استناداً الى العلم، و كانت الثانية تشهد استناداً الى ظاهر وقوع العقد فى كونه صحيحاً، فإن الأولى على

هـذا تکون رافعـة لمسـتند الثانیـة، فتبطل. أما إذا کانت الثانیة أیضا تشـهد اعتماداً علی العلم فهما حینئذ متعارضـتان، و لا وجه لترجیح الأسبق تاریخاً.

کما أنه إذا کانت الأولی تشـهد بالبقاء اعتماداً علی الاستصـحاب، و الثانیـة تشـهد اعتماداً علی العلم، کانت الثانیـة مقدمة علی الأولی، لأنها رافعة لمستند

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۲۶

ذلک التاریـخ الی زمان الثانیـة. و إن لم تشـهد ببقائها إلی زمان الثانیـة فکذلک (۱) إذا کـانت الامرأتان الأم و البنت مع تقـدم تاریخ البنت، بخلاف الأختین و الام و البنت مع تقـدم تاریـخ الام، لإمکان صـحة العقـدین، بأن طلق الاولی و عقد علی الثانیة فی الأختین، و طلق الام مع عـدم الـدخول بها. و حینئذ ففی ترجیح الثانیة أو التساقط وجهان (۲). هـذا و لکن وردت روایة (۳) تدل علی تقدیم بینة الرجل، الا مع سبق بینة

الأولی فی البقاء، و هو الاستصحاب. و کذا إذا کان مستند الثانیة أصالة الصحة، فإنها أیضا مقدمة علی الاستصحاب.

(۱) یعنی: ترجح الأسـبق. للتعارض و التکاذب الواقع بینهما الناشـئ من تنافیهما و إن اختلف تاریخهما. هذا مع الاشتراک فی المستند. و أما مع اختلافه: فاذا کانت الثانیـة تشـهد اسـتناداً الی العلم و الأسـبق تشـهد اسـتناداً الی الظاهر لزم ترجیح الثانیة، لأنها تشـهد ببطلان مستند الأولی.

(۲) أقربهمـا الأـول، سـواء کـان مسـتند الثانیـة العلـم، أم وقـوع العقـد المبنی علی ظـاهر الصـحة. إذ بقـاء العقـد الأـول إنمـا یکـون بالاستصحاب، و هو لا یجری مع الشهادة بمنافیه، لتقدم البینة علی الاستصحاب. و بالجملة:

إذا کان مستند إحدی البینتین مقدماً علی مستند الأخری عند المشهور عنده تکون البینة الأخری باطلة المستند، فلا تکون حجة، فالبینة التی مسـتندها العلم ترفع حجیـة الأصل أو الظاهر الذی هو مسـتند الأخری، فتکون الأخری باطلة المسـتند، فتخرج عن دلیل الحجیة. و کذا البینة التی مستندها الظاهر المقدم علی الأصل، فإن ذلک المستند یبطل الأصل عند المشهود عنده، فتبطل البینة المستندة الیه.

(۳) و هی

روایة الزهری عن علی بن الحسین (ع): «فی رجل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۲۷

الامرأة المدعیة أو الدخول بها فی الأختین. و قد عمل بها المشهور (۱)

ادعی علی امرأة أنه تزوجها بولی و شـهود، و أنکرت المرأة ذلک، فأقامت أخت هـذه المرأة علی هذا الرجل البینة أنه تزوجها بولی و شهود، و لم یوقتا وقتاً. فکتب: ان البینـة بینـة الرجل، و لا تقبل بینـة المرأة، لأن الزوج قـد اسـتحق بضع هـذه المرأة، و ترید أختها فساد النکاح، فلا تصدق و لا تقبل بینتها إلا بوقت قبل وقتها، أو بدخول بها» «۱».

و رواها الشیخ فی التهذیب أیضا عن عبد الوهاب بن عبد الحمید الثقفی عن أبی عبد الله (ع)

«۲». (۱) فی جامع المقاصد: «کان هذا الحکم مجمع علیه بین الأصحاب»، و فی المسالک: «لا یظهر فیه خلاف بینهم، و أنه ربما ادعی علیه الإجمـاع»، و فی کشف اللثـام: «الأصـحاب عملوا به من غیر خلاف یظهر، إلا من المحقق فی النکت». و فی الکفایـة: أن بعضـهم نقل الإجماع علیه. انتهی.

و فی الجواهر: «من غیر خلاف یعرف علی ما اعترف به غیر واحد.

و عن بعض دعوی الإجماع علیه».

و فى المسالك: «هو مخالف للقواعد الشرعية فى تقديم بينة الرجل مع إطلاق البينتين أو تساوى التاريخين، لأنه منكر، و يقدم قوله مع عدم البينة، و من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه». و نحوه فى جامع المقاصد. و فيه: أنه منكر بالنسبة إلى دعوى الأخت لا بالنسبة إلى دعواه على أختها، فإنه حينئذ مدع. إلا أن يقال: إن النص دل على تقديم بينته حتى بالإضافة إلى دعوى الأخت عليه، التى يكون فيها منكراً.

اللهم إلا أن يقال: إنما يتم بناء على عدم الحاجة الى اليمين، أما بناء

---

(۱) الوسائل باب: ۲۲ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب كيفية القضاء حديث: ۱۳.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۸

.....

على ضم اليمين إلى البينة فيكون الأخذ بقوله لأجل اليمين. فتأمل. و العمدة فى مخالفة الرواية للقواعد الحكم فيها بتقديم بينة الرجل إلا فى صورتين، فان وجه التقديم غير ظاهر بالنظر الى القواعد.

و قد تصدى فى كشف اللثام لتطبيقها على القواعد فقال: «إن الوجه فى ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ما هو فعله، و لعله عقد على الأولى قبل العقد عليها و هى لا تعلم، و لا يعلم فعله إلا من قبله».

و قد أطال شيخنا الأعظم فى تقريبه، و حاصله: أن كلا من بينة الرجل و الأخت إنما يكون مستندها العقد فهما تتساويان فى الاستناد و الاعتماد، لكن الرجل و الأخت يختلفان فى الاعتماد، فان اعتماد الأخت فى دعواها على ظاهر العقد كبينتها، لكن اعتماد الرجل فى دعواه على العلم بصحة ما يدعيه و فساد ما تدعيه الأخت، لأن مناط صحة ما تدعيه الأخت من زوجية نفسها و تنكره من زوجية أختها إنما يعرف من قبل الرجل، فهو أعرف به.

و يشكل: بأنه يمكن أن يكون الاعتماد من الأخت على العلم كما يمكن ذلك من بينتها، فتكون حينئذ كالرجل. كما أنه يمكن أن يكون اعتماد الرجل على ظاهر قول أو فعل أو إخبار وكيل. و كذا اعتماد بينته. فلا وجه حينئذ لإطلاق الترجيح. و لا سيما و أن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الترجيح. فاذاً ما ذكره ممنوع صغرى و كبرى.

و بالجملة: يتعين الرجوع فى الترجيح الى ما سبق من أنه إذا تساوى مستند البينتين تساقطتا، و إذا اختلف بأن كان مستند إحداهما العلم و مستند الأخرى حجة غيره فالبينة الأولى مقدمة، لأنها دالة على بطلان مستند الثانية، و إن كان مستند إحداهما أصلا و مستند الأخرى أمارة كانت الثانية مقدمة، لأنها أيضا دالة على بطلان مستند الأولى، و مع ثبوت بطلان

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۲۹

فى خصوص الأختين. و منهم من تعدى إلى الأم و البنت أيضا (۱) و لكن العمل بها حتى فى موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد (۲) و إمكان حملها على بعض المحامل (۳) التى لا تخالف القواعد.

المستند تخرج عن دليل الحجية. و كذا كل حجة تبين بطلان مستندها.

(۱) يظهر من الجواهر الميل اليه، قال (ره) فى وجهه: «ضرورة عدم المدخلية للأخوة فيه، بل إنما هو لتحريمه، و هو مشترك بين الجميع.

مضافا الى ما عرفته من موافقة الحكم للقواعد الشرعية فى الجملة، التى لا فرق فيها بين الجميع كما يومئ اليه التعليل فى الخبر». و فى

القواعد: «و فى انسحاب الحكم فى مثل الأم و البنت إشكال». و فى جامع المقاصد: الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص. و نحوه فى المسالك.

(۲) قد تقدم فى المسالك: أن الوجه فى المخالفة للقواعد الأخذ ببينة المنكر. و فى غيرها: الوجه تقديم إحدى البينتين على الأخرى من غير مرجح.

و كيف كان فقد عرفت أن هذا لا يصلح مانعاً من العمل بها، فأكثر الروايات الدالة على الوجوب و الحرمة و نحوهما مخالفة للقواعد العامة.

(۳) ذكر فى الحدائق: أن حكمه (ع) بتقديم بينة الرجل و صحة دعواه و بطلان دعوى الأخت، لعله لأمر ظهر له بقرائن الحال يومئذ، فإنه (ع) جزم و حكم بصحة دعوى الزوج، و أنه قد استحق بضع هذه المرأة، و حكم ببطلان دعوى أختها. و أنها إنما تريد فساد النكاح، فلا تصدق إلا على أحد الوجهين المذكورين. انتهى. فيحتمل أن يكون مراده أن مورد السؤال قضية خاصة لا كلية. لكن ينافيه جداً التفصيل المذكور. و يحتمل أن يكون مراده أن التعليل المذكور يشهد بأن السؤال فى الرواية كان مشتملًا على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بينة الرجل و صحة دعواه، و أن ما كان من الأخت كان مناصرة منها لأختها. و ربما تشير الى ذلك فى

[(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثمَّ اشتراها بإذن المولى]

(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثمَّ اشتراها بإذن المولى، فان اشتراها للمولى بقى نكاحها على حاله (۱)، و لا إشكال فى جواز وطئها (۲). و إن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (۳)

الجملة فاء الترتيب فى قول السائل: «فأقامت ..». و على هذا تكون الرواية مجملة، للجهل بالقيود المأخوذة فى السؤال، و لا مجال حينئذ للعمل بالرواية فى الأختين، فضلًا عن غيرهما ممن لا يمكن الجمع بينهما فى الزوجية.

(تنبيه): قال فى القواعد: «و الأقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين إلا مع السبق». و قال فى المسالك: «إن ظاهر النص أن من قدم جانبه لا يفتقر معه الى اليمين. و كذلك أطلق المصنف الحكم تبعاً لظاهره .. (الى أن قال): و الأقوى الافتقار الى اليمين إلا مع سبق تاريخ إحدى البينتين». ثمَّ علله: بأنه مع التعارض بتساوى التاريخ أو إطلاقه يتساقط البينتان، فلا بد من مرجح للحكم بإحداهما. و فيه: أنه لا وجه له بعد الاعتراف بأنه خلاف ظاهر النص.

(۱) بلا خلاف فيه ظاهر و لا إشكال. و يظهر منهم أنه من المسلمات.

و يقتضيه الأصل، إذ ليس ما يحتمل إبطاله العقد إلا الانتقال من مالك الى آخر، و لم يقم على إبطاله دليل، فيتعين البناء على عدمه.

(۲) إذا أحرز الاذن من السيد له فى ذلك و لو بالأصل، و إلا فعموم عدم جواز التصرف من مال الغير بغير إذنه كاف فى المنع.

(۳) بلا خلاف ظاهر، و فى الجواهر- فى مباحث بيع الحيوان-:

دعوى الإجماع بقسميه على بطلان النكاح إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه.

و هذا هو العمدة. نعم تعضده النصوص الدالة على بطلان نكاح الأمة من العبد إذا ملكت زوجها

«۱»، بضميمة عدم القول بالفصل. و قد استدل

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۴۹ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱، ۳.

و حلت له بالملک (۱) علی الأقوی من ملکیة العبد. و هل یفتقر وطؤها حینئذ الی الاذن من المولی، أو لا؟ وجهان.
أقواهما: ذلک (۲)، لان الإذن السابق إنما کان بعنوان الزوجیة و قد زالت بالملک (۳) فیحتاج الی الاذن الجدید. و لو اشتراها لا بقصد کونها لنفسه أو للمولی، فان اشتراها بعین مال المولی کانت له (۴)، و تبقی الزوجیة (۵). و إن اشتراها بعین ماله کانت له، و بطلت الزوجیة. و کذا إن اشتراها فی الذمة، لانصرافه إلی ذمة نفسه. و فی الحاجة الی الاذن الجدید و عدمها الوجهان

علیه بقوله تعالی (إِلّا عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ)* «۱» بناء علی ظهوره فی منع الجمع بینهما. لکنه لو تمَّ توقف علی إثبات صحة البیع، و إلا فالبناء علی بطلان البیع و بقاء الزوجیة أولی، عملًا بالاستصحاب.

فاذاً العمدة فیه الإجماع.

(۱) عملًا بعموم الأدلة.

(۲) کما فی الجواهر. للحجر علیه فی التصرف و إن قلنا بملکیته. و الاذن فی شرائها لا یقتضی الاذن فی التصرف.

(۳) یعنی: و إذا زال الموضوع زال حکمه، و لا مجال لاستصحابه.

اللهم إلا أن یقال: الزوجیة لیست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفاً فزوالها لا یوجب تبدل الموضوع، فلا مانع من الاستصحاب.

(۴) یعنی للمولی. إذ المعاوضة بینها و بین المال تقتضی أن تدخل فی کیس من خرج من کیسه المال.

(۵) لما سبق من الأصل. و مما ذکرنا یظهر وجه ما بعده.

---

(۱) المؤمنون: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۳۲

[(السابعة): یجوز تزویج امرأة تدعی أنها خلیة من الزوج من غیر فحص]

(السابعة): یجوز تزویج امرأة تدعی أنها خلیة من الزوج من غیر فحص (۱)، مع عدم حصول العلم بقولها، بل و کذا إذا لم تدع ذلک (۲) و لکن دعت الرجل الی تزویجها

---

(۱) بلا إشکال ظاهر. و یقتضیه

خبر میسر قال: «قلت لأبی عبد الله (ع) ألقی المرأة بالفلاة التی لیس فیها أحد، فأقول لها: أ لک زوج؟ فتقول: لا فأتزوجها؟ قال (ع): نعم، هی المصدقة علی نفسها» «۱».

و

خبر أبان بن تغلب: «قلت لأبی عبد الله (ع) إنی أکون فی بعض الطرقات، فأری المرأة الحسناء، و لا آمن أن تکون ذات بعل أو من العواهر. قال (ع): لیس هذا علیک. إنما علیک أن تصدقها فی نفسها» «۲».

و نحوهما خبر یونس و خبر عبد العزیز بن المهتدی المتقدمان فی المسألة الثالثة.

و أما

خبر عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبی عبد الله (ع): إنی تزوجت امرأة فسألت عنها، فقیل فیها. فقال: و أنت لم سألت أیضا؟! لیس علیکم التفتیش» «۳»

فغیر ظاهر فیما نحن فیه.

(۲) كما يفهم من

خبر الفضل مولى محمد بن راشد عن أبى عبد الله (ع) قال: «قلت» إنى تزوجت امرأة متعة، فوقع فى نفسى أن لها زوجا ففتشت. فقال أبو عبد الله (ع): و لم فتشت؟! «۴»

و

خبر محمد بن عبد الله الأشعرى قال: «قلت للرضا (ع): الرجل يتزوج بالمرأة فيقع فى قلبه أن لها زوجا. فقال (ع): و ما عليه، أرأيت لو سألها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج؟» «۵».

لكن الظاهر من الخبرين ترك السؤال بعد التزويج

---

(۱) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

(۲) الكافى الجزء ج: ۵ الصفحة ۴۶۲ طبعة إيران الحديثة.

(۳) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب المتعة حديث: ۳.

(۵) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب المتعة حديث: ۵.

أو أجابت إذا دعيت اليه، بل الظاهر ذلک و إن علم كونها ذات بعل سابقاً و ادعت طلاقها أو موته (۱). نعم لو كانت متهمة فى دعواها فالأحوط الفحص عن حالها (۲). و من هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة و لم يعلم

اعتماداً على العلم بأنها خلية، و إن كان الجواب فى الثانى يشعر بعموم الحكم لما قبل التزويج.

(۱) لإطلاق النصوص.

(۲) كما يقتضيه

صحيح أبى مريم عن أبى جعفر (ع): «أنه سئل عن المتعة، فقال: إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنهن كن يومئذ يؤمن و اليوم لا يؤمن، فاسألوا عنهن» «۱».

لكن فى الشرائع فى مبحث المتعة استحباب السؤال مع التهمة و عدم وجوبه. و يظهر من الحدائق و غيرها: أنه إجماعى. و فى المسالک: «ليس السؤال شرطاً فى الصحة، للأصل، و حمل تصرف المسلم على الصحيح. و

قد روى أحمد ابن أبى نصر و غيره قال: (قلت للرضا (ع) ..)»

، و ذكر رواية الأشعرى السابقة. و كأن المراد من الأصل عموم الأدلة. لكنه غير ظاهر الجريان مع الشبهة الموضوعية. و أما أصالة عدم المانع، فغير مطردة فى صورة سبق المانع، كما إذا علم أن لها زوجاً. و مثله فى الاشكال حمل التصرف على الصحة، فإنه غير ظاهر الشمول لما نحن فيه مما كان التصرف حلالًا أو حراماً، لا صحيحاً أو فاسداً. مع أن ذلک لا يصلح لمعارضة الصحيح السابق. فالعمدة هو خبر الأشعرى و نحوه المعول عليه عندهم على نحو يتعين الخروج به عن ظاهر الصحيح. و من ذلک يظهر الكلام فيما يأتى من تزويج زوجة الغائب إذا لم تكن متهمة و إذا كانت متهمة.

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب المتعة حديث: ۱.

موته و حياته، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات و القرائن، أو بإخبار المخبرين، و ان لم يحصل العلم بقولها.

و يجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها فى دعوى العلم. و لكن الأحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمة.

[(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثمَّ ادعت بعد ذلک كونها ذات بعل]

(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثمَّ ادعت بعد ذلک كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (۱).

نعم لو أقامت البينة على ذلک فرق بينها و بينه (۲)، و إن لم يكن هناک زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الإجمال.

[(التاسعة): إذا وكلا وكيلًا فى إجراء الصيغة فى زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضى ذلک الزمان]

(التاسعة): إذا وكلا وكيلًا فى إجراء الصيغة فى زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضى ذلک الزمان (۳)، إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه. و لا يكفى الظن بذلک، و إن حصل من إخبار مخبر بذلک، و إن كان ثقة (۴). نعم

---

(۱) إذ لا دليل على سماعها. و النصوص المتقدمة لا تشملها.

(۲) عملًا بحجية البينة. بل يجب على الزوج فراقها لذلک. و إخبارها السابق لا يصلح لمعارضة البينة، لا قبل التزويج، و لا بعده، لاختصاص دليله بغير ذلک.

(۳) للشک فى تحقق العقد، الموجب للرجوع إلى أصالة عدمه.

(۴) لعدم الدليل على حجية خبر الثقة. و بناء العقلاء إن تمَّ فهو لا يصلح لمعارضة ما دل على نفى الحجية فى الموضوعات لغير البينة. مثل

قوله (ع): «و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لک غير ذلک، أو تقوم به البينة» «۱».

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب ما يكتسب به حديث: ۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۳۵

لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً (۱) لأن قول الوكيل حجة فيما و كل فيه.

[فصل فى أولياء العقد]

اشارة

فصل فى أولياء العقد و هم الأب، و الجد (۲) من طرف الأب، بمعنى:

---

(۱) عموم الحجية لغير الثقة غير ظاهر من السيرة. نعم إطلاق معقد الإجماع على أن من ملک شيئاً ملک الإقرار به- بناء على كون المقام من صغرياته، كما هو الظاهر- يقتضى عموم الحكم لغير الثقة.

(۲) فصل فى أولياء العقد ثبوت الولاية لهما فى الجملة من القطعيات، المدعى عليها الإجماع.

و النصوص و الفتاوى شاهدة بذلک.

ففى صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجها أبوها، ثمَّ يموت و هى صغيرة. فتكبر قبل أن

یدخل بها زوجها، یجوز علیها التزویج أو الأمر إلیها؟ قال (ع): یجوز علیها تزویج أبیها» «۱»

، و

صحیح عبد الله ابن الصلت قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الجاریة الصغیرة یزوجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال (ع): لا. لیس لها مع أبیها أمر.

قال: و سألته عن البکر إذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبیها أمر؟ قال (ع):

لیس لها مع أبیها أمر ما لم تکبر» «۲»

، و

صحیح الفضل بن عبد الملک

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۳۶

أب الأب فصاعداً، فلا یندرج فیه أب أم الأب (۱)، و الوصی لأحدهما مع فقد الآخر، و السید بالنسبة إلی مملوکه،

قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل یزوج ابنه و هو صغیر. قال (ع):

لا بأس. قلت: یجوز طلاق الأب؟ قال (ع): لا» «۱»

، و

صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علی ابنه» «۲»

، و

صحیح هشام بن سالم و محمد بن حکیم عن أبی عبد الله (ع) قال: «إذا زوج الأب و الجد کان التزویج للأول. فإن کانا جمیعاً فی حال واحدة فالجد أولی» «۳».

و نحوها غیرها. و من ذلک یظهر ضعف ما عن ابن أبی عقیل من نفی ولایة الجد.

(۱) کما هو المعروف، لما یستفاد من نصوص ولایة الجد من الاختصاص بأب الأب، بقرینة التمسک

بقول النبی (ص): «أنت و مالک لأبیک» «۴».

و عن ابن الجنید ثبوت الولایة للأم و آبائها، مستدلا علی ذلک بأن رسول الله (ص) أمر نعیم بن النحام أن یستأمر أم ابنته فی أمرها، و

قال: و ائتمروهن فی بناتهن «۵».

انتهی. و قد یستدل له أیضا

بموثق إبراهیم ابن میمون عن أبی عبد الله (ع): و قال (ع): إذا کانت الجاریة بین أبویها فلیس لها مع أبویها أمر. و إذا کانت قد تزوجت لم یزوجها إلا برضا منها» «۶».

لکن لا مجال لذلک بعد دعوی الإجماع علی خلافه،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب المهور حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۵.

(۵) سنن البیهقی الجزء: ۷ الصفحة: ۱۱۶.

(۶) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۳۷

و الحاکم. و لا ولایة للأم، و لا الجد من قبلها، و لو من قبل أم الأب، و لا الأخ (۱)، و العم (۲)، و الخال، و أولادهم (۳).

[(مسألة ۱): تثبت ولایة الأب و الجد علی الصغیرین و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ]

(مسألة ۱): تثبت ولایة الأب و الجد علی الصغیرین و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ (۴).

و لا سیما بملاحظة اختصاص ذلک بالأم، و لا یعم آباءها.

و من الغریب ما فی التـذکرة: «الوجه أن جد أم الأب لا ولایة له مع جد أب الأب. و مع انفراده نظر»، فإنه غیر ظاهر المأخذ، و لا سیما بملاحظة

صحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «فی الصبی یتزوج الصبیة، یتوارثان؟ فقال: إذا کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم» «۱»

، لظهوره فی عموم نفی الولایة عن غیر الأب.

(۱) إجماعا ظاهراً. و ما فی بعض النصوص من ثبوت الولایة للأخ-

کصحیح أبی بصیر عن أبی عبد الله (ع) قال: «سألته عن الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ. قال: هو الأب، و الأخ، و الرجل یوصی الیه» «۲»

و غیره- مؤول، أو مطروح.

(۲) إجماعاً، نصاً و فتوی،

فقد روی محمد بن الحسن الأشعری قال: «کتب بعض بنی عمی إلی أبی جعفر الثانی (ع): ما تقول فی صبیة زوجها عمها فلما کبرت أبت التزویج؟ قال: فکتب (ع) إلی: لا تکره علی ذلک، و الأمر أمرها» «۳».

(۳) إجماعاً. و یقتضیه الأصل، و عموم صحیح ابن مسلم المتقدم

. (۴) بلا خلاف أجده فیه. بل فی المسالک: أنه موضع وفاق، بل فی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۳۸

بل و المنفصل علی الأقوی (۱).

غیرها الإجماع علیه. کذا فی الجواهر. و یقتضیه الاستصحاب. و کون الثابت منها قبل البلوغ کان للصغر و قد زال: لا یمنع من جریان الاستصحاب، و لا یوجب تبدل الموضوع. و إن کان ظاهر الجواهر ذلک.

(۱) قال فی کشف اللثام: «و أما إن تجدد الجنون بعد البلوغ ففی عود ولایتهما نظر. ففی التذکرة و التحریر: أنها تعود. و هو الأقرب.

بل لا عود حقيقة، لأن ولايتهما ذاتية منوطة بإشفاقهما و تضررهما بما يتضرر به الولد». و في الجواهر قوة ذلك، لأن المنشأ في ولايتهما الشفقة و الرأفة و نحوهما مما لا فرق فيه بين المتصل و المنفصل. انتهى. و لا يخفى أن التعليل المذكور في كلامهم تخمين لا يعول عليه في إثبات حكم شرعي. و ما في الجواهر من أن المتجه على تقدير التفصيل أنه لو كان الجنون أدواريا فاتفق دوره متصلًا بالبلوغ كانت الولاية لهما، و بعد انتهائه ترتفع، فاذا جاء الدور الثاني كانت الولاية للحاكم، و هو كما ترى. انتهى. مجرد استبعاد، لا يعول عليه في رفع اليد عن الدليل. نعم الإشكال في دليل ولاية الحاكم.

و

النبوي: «السلطان ولي من لا ولي له» «۱»

و إن كان يقتضي ثبوت الولاية لمن لم يكن له ولي، و لو بأصالة عدم الولي، لكنه مختص بالسلطان.

و لو بني على قيام الحاكم مقامه فلا إطلاق له يشمل غير الأمور الحسبية التي تدعو الضرورة إلى وقوعها. و قد يستدل على ما في المتن

بخبر زرارة عن أبي جعفر (ع): «قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها. و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر

---

(۱) كنز العمال الجزء: ۸ صفحة: ۲۴۶، ۲۴۷ و قد ذكر أحاديث كثيرة. بهذا المضمون و سنن البيهقي الجزء: ۷ صفحة: ۱۲۵.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۳۹

و لا ولاية لهما على البالغ الرشيد (۱)، و لا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيباً (۲). و اختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة

وليها» «۱»

، إذ لا ريب أن المتبادر من وليها أبوها وجدها و ارادة الحاكم منه في غاية البعد. و يشكل أولًا: بضعف السند. و ثانياً: بإجمال الولي. و لا قرينة على تعيينه. و بعد إرادة الحاكم منه ليس مستنداً إلى دلالة، ليكون حجة.

(۱) بلا إشكال و لا خلاف. و في كشف اللثام: «إجماعا منا و من العامة». و يقتضيه عموم السلطنة، و بعض النصوص الواردة في تزويج الابن مع حضور الأب

«۲». (۲) في جامع المقاصد: «اتفاق علمائنا عليه». و في المسالك: أنه لا خلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها، إلا ما نقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاء الولاية و هو شاذ. انتهى. و في رسالة شيخنا الأعظم دعوى اتفاق النص و الفتوى عليه. و تشهد له النصوص،

كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «أنه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها، قال:

هي أملك بنفسها تولي أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن كانت قد نكحت رجلًا قبله» «۳».

و نحوه خبرا عبد الخالق

، و الحسن بن زياد

، و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله

«۴»، و غيرها. و لم يعرف لها معارض يمكن الاستناد إليه في إثبات قول ابن أبي عقيل، إلا رواية عامة عامية، على ما في المسالك. قال (ره): «و رواياتنا خاصة خاصية. و هي مقدمة

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۶.

(۲) راجع الوسائل باب: ۶ حدیث: ۴، ۹ و باب: ۱۳ من أبواب عقد النکاح.

(۳) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۲، ملحق حدیث: ۴، حدیث: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۰

علی أقوال، و هی: استقلال الولی (۱)، و استقلالها (۲)،

عند التعارض». لکن التعارض فرع الحجیة، و هی غیر ثابتة.

(۱) حکی عن الشیخ فی أکثر کتبه، و عن الصدوق، و ابن أبی عقیل، و ظاهر القاضی، و کاشف اللثام، و الکاشانی، و غیرهم. و اختاره فی الحدائق.

و استدل له بصحیح عبد الله بن الصلت المتقدم فی صدر الباب

، و

صحیح الحلبی عن أبی عبد الله (ع) قال: «سألته عن البکر إذا بلغت مبلغ النساء، أ لها مع أبیها أمر؟ فقال (ع): لیس لها مع أبیها أمر ما لم تثیب» «۱»

، و

صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «لا تستأمر الجاریة إذا کانت بین أبویها، لیس لها مع الأب أمر. و قال (ع): یستأمرها کل أحد ما عدا الأب» «۲»

، و

خبر علی بن جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل هل یصلح له أن یزوج ابنته بغیر إذنها؟ قال (ع): نعم، لیس للولد مع الوالد أمر، إلا أن تکون امرأة قد دخل بها قبل ذلک، فتلک لا یجوز نکاحها إلا أن تستأمر» «۳»

و نحوها غیرها. و قد استقصی شیخنا الأعظم (ره) ذکرها، و قال بعد ذلک: «فهذه ثلاث و عشرون روایة تدل علی استمرار ولایة الأب علی البالغة الباکرة».

(۲) کما فی الشرائع، و القواعد، و غیرها، و المنسوب الی المشهور بین القدماء و المتأخرین. و عن المرتضی فی الانتصار و الناصریات: الإجماع علیه. لعموم السلطنة علی النفس الذی یجب الخروج عنه بما سبق. و للإجماع المدعی فی الناصریات و الانتصار، الممنوع فی مورد ظهور الخلاف. و للإجماع علی زوال الولایة فی المال فکذا فی النکاح، الموقوف علی عدم الفصل،

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱۱.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۸. مع اختلاف یسیر.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۱

.....

و هو ممنوع بعد وضوح الخلاف فی النکاح. و للإجماع علی زوال الولایة عنها فی المنقطع، فکذا فی الدائم، الممنوع فی نفسه، کمنع

عدم الفصل بین الدائم و المنقطع. و

لمصحح الفضلاء الفضیل بن یسار، و محمد بن مسلم، و زرارة، و برید بن معاویة کلهم عن ابی جعفر (ع): «قال: المرأة التی قد ملکت نفسها غیر السفیهة و لا المولی علیها تزویجها بغیر ولی جائز» «۱».

و منع کون البکر مالکة أمرها غیر مولی علیها، إذ هو أول المسألة- کما فی کشف اللثام- ضعیف، لأن المراد من کونها مالکة أمرها أنها مالکة له فی غیر النکاح، إذ لو کان المراد أنها مالکة أمرها فی النکاح کان الحمل ضروریاً، فیکون عقلیاً لا شرعیاً. نعم یمکن تخصیص الصحیح بالروایات السابقة، فیحمل علی غیر الأب جمعاً. و

لصحیح منصور بن حازم عن ابی عبد الله (ع): «قال (ع) تستأمر البکر و غیرها، و لا تنکح إلا بأمرها» «۲».

و احتمال أن

«تستأمر»

بالبناء للفاعل، یعنی:

هی تستأمر غیرها، فتدل علی الخلاف- کما فی کشف اللثام- ضعیف، لأنه یوجب عدم انسجام الکلام، و لا یصح فی غیر البکر، لما عرفت من حکم الثیب. نعم لا یدل علی الاستقلال لان الاستئمار أعم منه. بل یمکن تخصیصه بما سبق جمعاً. و

لخبر زرارة المتقدم عن ابی جعفر (ع): «قال: إذا کانت المرأة مالکة أمرها، تبیع، و تشتری، و تعتق، و تشهد، و تعطی من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغیر إذن ولیها. و إن لم تکن کذلک فلا یجوز تزویجها إلا بأمر ولیها» «۳».

و یشکل: بأنه یمکن تخصیصه بالروایات السابقة، فیحمل علی غیر الأب

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱۰.

(۳) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۲

.....

جمعاً. و

لخبر سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله (ع): لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت بغیر إذن ولیها» «۱».

و یشکل: بأنه یمکن تخصیصه بما سبق و

خبر ابی مریم عن ابی عبد الله (ع): «قال: الجاریة البکر التی لها أب لا- تتزوج إلا بإذن أبیها. و قال: إذا کانت مالکة لأمرها تزوجت متی شاءت» «۲».

و یشکل بإجمال المراد من کونها مالکة لأمرها، فیحتمل أن یکون المراد به البلوغ، فیکون المراد من الجاریة الصغیرة، و یحتمل أن یکون المراد الثیب فی مقابل البکر المذکورة فی الصدر، و یحتمل أن یکون المراد من لیس لها أب. و الحمل علی الأول غیر ظاهر. و من ذلک یظهر الإشکال فی الاستدلال

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۴۴۲

بخبر عبد الرحمن بن ابی عبد الله عن ابی عبد الله (ع): «تتزوج المرأة من شاءت إذا کانت مالکة لأمرها، و إن شاءت جعلت ولیاً» «۳».

و

لمرسلة سعدان بن مسلم عن رجل عن ابی عبد الله (ع): «لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت من غیر إذن أبویها» «۴»

، و

خبر ابن عباس: «ان جاریة بکراً جاءت إلی النبی (ص) فقالت: إن ابی زوجنی من ابن أخ له لیرفع خسیسته. و أنا له کارهة.

فقال (ص): أجیزی ما صنع أبوک. فقالت: لا رغبة لی فیما صنع ابی.

قال (ص): فاذهبی فانکحی من شئت. فقالت: لا رغبة لی عما صنع ابی، و لکن أردت أن أعلم النساء أن لیس للآباء فی أمور بناتهم شیء» «۵»

،

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۷.

(۳) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۸.

(۴) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المتعة حدیث: ۸.

(۵) لم نعثر علی هذا الحدیث فیما تحت أیدینا من کتب الحدیث. نعم روی فی سنن البیهقی (الجزء: ۷. الصفحة: ۱۱۸) مرسل عبد الله بن بریدة بهذا المضمون.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۳

و التفصیل بین الدوام و الانقطاع باستقلالها فی الأول دون الثانی (۱)

لکن الروایتین ضعیفتان لم یثبت انجبارهما بعمل المشهور، لاحتمال استنادهم فی فتواهم الی غیرهما من الروایات.

ثمَّ إنک عرفت أن مقتضی الجمع بین الطائفة المذکورة دلیلًا لهذا القول، و بین الطائفة السابقة المذکورة دلیلًا للقول الأول: هو التقیید بحمل الولی فیها علی غیر الأب. و شیخنا الأعظم (ره) فی رسالة النکاح جعل الجمع بینهما کما یکون بالتقیید، یکون أیضا بحمل الطائفة الأولی علی الاستحباب، یعنی: یستحب للبکر إیکال أمرها إلی الأب. و ان تقیید المطلق و إن کان أرجح من حمل المقید علی الاستحباب. لکن التقیید لما کان مستلزماً لطرح أخبار کثیرة- مثل مرسلة سعدان

و خبر ابن عباس المتقدمین، و الأخبار الواردة فی جواز التمتع بالبکر بدون إذن أبیها، الآتیة فی أدلة القول الثالث- تعین الجمع بحمل المقید علی الاستحباب. أقول: أما أخبار التمتع بالبکر فسیجیء الکلام فیها، و أنها متعارضة. و عدم القول بالفصل لم یثبت مع وجود الخلاف. و أما الخبران الآخران: فان صلحا للحجیة کانا معارضین، لا مرجحین للحمل علی الاستحباب، و إلا- کما هو الظاهر، لضعف سندهما، و عدم الجابر لهما- لا یصلحان للترجیح المذکور.

(۱) حکاه فی الشرائع و التذکرة و غیرهما قولًا. و لم یعرف قائله.

کما فی جامع المقاصد و غیره. و کأن وجهه: دعوی انصراف ما دل علی استقلالها الی خصوص الدائم. و

صحیح البزنطی عن الرضا (ع): «قال: البکر لا تتزوج متعة إلا بإذن أبیها» «۱»

، و

صحیح ابی مریم عن ابی عبد الله (ع) قال: «العذراء التی لها أب لا تتزوج متعة إلا بإذن أبیها» «۲».

لکن عرفت أن الأول معارض بغیره. کما أن الصحیحین

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المتعة حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المتعة حدیث: ۱۲.

و العکس (۱)، و التشریک، بمعنی: اعتبار إذنهما معا (۲).

أیضا معارضان بغیرهما،

کخبر الحلبی قال: «سألته عن التمتع من البکر إذا کان بین أبویها بلا إذن أبویها. قال (ع): لا بأس، ما لم یفتض ما هناک ..» «۱».

و

خبر ابی سعید قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن التمتع من الأبکار اللواتی بین الأبوین. فقال: لا- بأس. و لا- أقول کما یقول هؤلاء- الأقشاب» «۲».

و نحوهما غیرهما.

(۱) کما عن الشیخ فی کتابی الأخبار. و لم ینسب إلیه فی غیرهما، و لا الی غیره. و وجهه: الأخذ بنصوص استقلال الولی، بعد تقییدها بالدوام، و إخراج المتعة منها، للأخبار المتقدمة. و إشکاله أیضاً ظاهر، فان نصوص استقلال الولی معارضة. و الاخبار المتقدمة أیضا معارضة بغیرها، کما عرفت.

(۲) حکی عن المفید، و الحلبیین، و ظاهر الوسائل للحر العاملی. جمعاً بین ما دل علی اعتبار الاذن من الأب فی تزویج البکر- مثل صحیح العلاء بن رزین عن ابی عبد الله (ع): «قال: لا تتزوج ذوات الآباء من الأبکار إلا بإذن آبائهن» «۳».

و نحوه صحیح ابن ابی یعفور

«۴»، و

خبر ابی مریم عن ابی عبد الله (ع): «قال: الجاریة البکر التی لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبیها» «۵»

، و

صحیح زرارة: «سمعت أبا جعفر (ع) یقول: لا ینقض النکاح إلا الأب» «۶».

و نحوه صحیح محمد بن مسلم

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المتعة حدیث: ۹.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المتعة حدیث: ۶.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۶. لکن رواه عن العلاء بن رزین عن ابن ابی یعفور.

(۴) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۵.

(۵) الوسائل باب: ۴ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۲.

(۶) الوسائل باب: ۴ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

.....

عن ابى جعفر (ع)

«۱»- و بين ما دل على اعتبار إذنها، كصحيح منصور المتقدم

، و

موثق صفوان: «قال: استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (ع) فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال (ع): افعل، و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها نصيباً. قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) فى تزويج ابنته على بن جعفر، فقال (ع): افعل، و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها حظاً» «۲».

لكن ينافى ذلك ما دل على استقلالها. كما ينافيه أيضاً ما دل على استقلال الأب. فلا بد من علاج ذلك و لا يكفى فى إثبات القول المذكور كونه مقتضى الجمع بين طائفتين من النصوص، و إهمال الطوائف الأخر.

و الذى يقتضيه التأمل: أن نصوص المقام على طوائف: الأولى:

ما دل على استقلال الولى. كصحيح محمد بن مسلم

، و صحيح الحلبى

، و صحيح ابن الصلت

، و خبر على بن جعفر

، المتقدمة. و نحوها غيرها. الثانية:

ما دل على اعتبار إذن الولى و رضاه، كصحاح زرارة

، و محمد بن مسلم

، و العلاء

، و ابن ابى يعفور

المتقدمة فى أدلة القول الخامس. الثالثة: ما دل على استقلال البكر، كمصحح الفضلاء

، و رواية زرارة

، و رواية عبد الرحمن

، و رواية أبى مريم

، و رواية سعدان

. الرابعة: ما دل على اعتبار إذن البكر و رضاها، كصحيح منصور بن حازم

، و موثق صفوان

المتقدمين. و من المعلوم أنه لا- تنافى بين الأولتين، و لا- بين الأخيرتين، و لا- بين الثانية و الرابعة و إنما يكون التنافى بين الأولى و الثالثة، و بين الثانية و الثالثة، و بين الأولى و الرابعة. و الجمع بين الأولى و الثالثة يمكن بدواً بالبناء على استقلال كل منهما فى الولاية، فإذا تصرف أحدهما نفذ إلا أنه تأباه الطائفة الأولى

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب عقد النكاح حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۶

.....

جداً، فان

قوله (ع): «لیس لها مع أبیها أمر»

ظاهر جداً فی أنها لا استقلال لها، و لا اشتراک. و إن کان لا تأباه الطائفة الثالثة. و لأجل ذلک یتعین الجمع بما سبق من تخصیص الطائفة الثالثة بغیر الأب، لاختصاص الأولی بالأب، و عموم الثالثة لغیره. نعم مرسلة سعدان

و خبر ابن عباس مختصان بالأب. لکنهما لیسا بحجة. و بهذا الوجه بعینه یکون الجمع بین الثانیة و الثالثة. و أما وجه الجمع بین الاولی و الرابعة فیمکن بحمل الرابعة علی الاستحباب. کما یظهر من استرضاء النبی (ص) فاطمة (ع) فی تزویجها من علی (ع)

«۱». فحینئذ تتفق مؤدیات النصوص، و یرتفع عنها إشکال التعارض، و تکون نتیجة ذلک هو الفرق بین الأب و الجلد، فیستقل الأول معها دونها بلا استقلال و لا تشریک، و تستقل هی مع الثانی دونه بلا استقلال و لا تشریک أیضاً. لکن یخدش فیه روایة سعدان علی ما فی نسخ التهذیب المعتبرة التی عثرنا علیها حیث رویت فیه هکذا:

«لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت من غیر إذن أبیها» «۲»

، فتکون نصاً فی استقلالها مع وجود الأب. لکن رواها فی المسالک و کشف اللثام، و الجواهر:

«ولیها»

بدل

«أبیها»

، کما سبق فی أدلة القول الثانی.

و حینئذ تکون کغیرها من روایات الاستقلال مقیدة بغیر الأب. لکن یشکل الاعتماد علی ذلک فی مقابل نسخ التهذیب، و لا سیما مع موافقتها لما فی جامع المقاصد و الوسائل و الحدائق، فقد رویت فیها کما فی التهذیب. و لأجل ذلک لا مجال للبناء علی نفی ولایتها، کما یقتضیه ما عرفت من وجه الجمع.

بل یتعین حینئذ البناء علی ولایتها مستقلا، فإن الروایة المذکورة نص فی ذلک. و یتعین الجمع بینها و بین الطائفة الأولی بالاستقلال کل منها و من

(۱) الوسائل باب: ۵ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

(۲) التهذیب الجزء: ۷ الصفحة: ۳۸۰ طبعة النجف الحدیثة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۷

.....

أبیها، فإنه و إن بعد بالإضافة إلی الجمع بالتقیید لکنه أقرب بعد تعذره.

و یکون الجمع بینها و بین الطائفة الثانیة الحمل علی استحباب استئذان الأب، فإنه واضح بالإضافة إلی مثل صحیح العلاء المتقدم

. و أما مثل صحیح زرارة

«لا ینقض ..»

فلا- یخلو من خفاء. لکن یهون الأمر فیه أنه لا- یعرف مورده، و لم یتضح المراد منه، فان النقض إنما یکون بعد الإبرام، فیختص بالفسخ، و هو غیر المدعی. نعم لا- بأس بالالتزام بمضمونه. فیکون للأب فسخ عقد البنت و إن کان صحیحاً بغیر إذنه، فان فسخه انفسخ، و إن لم یفسخه بقی علی صحته. و لعل

قوله (ع) فی صحیح الحلبی: «لیس لها مع أبیها أمر» «۱»

یراد به هذا المعنی، یعنی: له فسخ عقدها و حله، نظیر

قوله (ع): «لا یمین للولد مع والده» «۲».

و علی هذا تکون النصوص بهذا المضمون طائفة خامسة. و أما الطعن فی روایة سعدان

بالضعف فلا مجال له بعد اعتماد المشهور علیها، و کون الراوی معتبر الروایة فی نفسه، و إن لم ینص علیه بتوثیق، فان ملاحظة أحواله المسطورة فی کتب الرجال تستوجب الوثوق به و اعتبار حدیثه. و کذا الطعن فیها بأنها عین المرسلة، فلا تکون حجة. إذ فیه: أنه خلاف الأصل بعد أن رواهما الشیخ فی التهذیب معاً. مع اختلاف فی المتن من جهة إفراد الأب فی المسند و تثنیته فی المرسلة التهذیب الجزء ۷ الصفحة: ۲۵۴.

و الذی یتحصل من جمیع ما ذکرنا: نفوذ عقد الأب بدون إذن البنت اعتماداً علی صحیح محمد بن مسلم

، و خبر علی بن جعفر

، و نحوهما.

و نفوذ عقد البنت بدون إذن الأب اعتماداً علی خبر سعدان

المعتضد بالنصوص الواردة فی المتعة المتقدمة. و إن الأفضل أن یکون بإذنهما معاً حملًا لما دل

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب الیمین.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۴۸

و المسألة مشکلة. فلا یترک مراعاة الاحتیاط بالاستیذان منهما.

و لو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من دون إنها وجب (۱) إما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق. نعم إذا عضلها الولی أی: منعها من التزویج بالکفو مع میلها سقط اعتبار إذنه (۲).

علی اعتبار إذن الأب- کصحیح العلاء

- و اعتبار إذن البنت- کصحیح صفوان

- علی الاستحباب، جمعاً بین هاتین الطائفتین و الطائفتین السابقتین.

و أنه إذا عقدت البنت صح عقدها، لکن یجوز للأب نقضه، فاذا نقضه انتقض، اعتماداً علی

صحیح زرارة: «لا ینقض النکاح إلا الأب».

و نحوه صحیح محمد بن مسلم

، و صحیح الحلبی

، علی ما عرفت. فالنصوص خمسة أصناف: صنف: یدل علی استقلال الأب. و آخر: یدل علی استقلال البنت. و ثالث: یدل علی جواز فسخ الأب عقد البنت. و رابع:

يدل على اعتبار إذن الأب و خامس: يدل على اعتبار إذن البنت. فيعمل بالأصناف الثلاثة الأول، و يحمل الأخيران على الاستحباب جمعاً. هذا كله بالإضافة إلى الأب. و أما الجد: فلا ولاية له على البكر لا منضما، و لا مستقلا. اعتماداً على الطائفة الثالثة من غير معارض.

هذا و القول بالولاية على النهج المذكور و إن لم ينسب لأحد لا بأس به إذا دلت عليه الأدلة. وَ مٰا تَوْفِيقِي إِلّٰا بِاللّٰهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَ إِلَيْهِ أُنِيبُ، و هو حسبنا وَ نِعْمَ الْوَكِيلُ.

(۱) هذا الوجوب من باب الاحتياط الذى ذكره.

(۲) إجماعا كما فى الشرائع، و التذكرة، و القواعد، و جامع المقاصد.

و المسالك، و كشف اللثام. و فى الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه». و هو العمدة فى الخروج عن عموم الولاية. مضافاً الى عموم نفى الحرج فى بعض

و أما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلًا (۱) بل و كذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفاً (۲)، ممن فى تزويجه غضاضة و عار عليهم و إن كان كفواً شرعياً. و كذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود كفو آخر (۳).

و كذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها الى التزويج (۴).

الموارد. لكنه إنما يقتضى نفى سلطنة الولى، لا إثبات استقلال البنت، لأنه ناف، لا مثبت و أما قوله تعالى (فَلٰا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوٰاجَهُنَّ إِذٰا تَرٰاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) «۱» فغير ظاهر فيما نحن فيه.

لاحتمال كون الخطاب للأزواج السابقين. مع أنه لو كان للأولياء لا يدل على سقوط الولاية، لأن تحريم العضل لا يدل على ذلك.

(۱) لفساد العقد فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها.

(۲) كأنه لإطلاق الكفو فى كلامهم، بل لعل الظاهر منه الكفو عرفاً.

(۳) كأنه لانصراف المستثنى عن ذلك، فيرجع الى عموم أدلة المستثنى منه، لا أقل من أنه خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، فيرجع الى عموم أدلة الولاية.

(۴) قال فى الخلاف: «و إن غابا جميعاً (يعنى: الأب و الجد) كان لها أن تعقد على نفسها، أو توكل من شاءت من باقى الأولياء». و فى الحدائق: «و فى حكم العضل الغيبة المنقطعة التى يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذان الولى». و نحوه ما فى الرياض و رسالة شيخنا الأعظم (ره).

و الأول حكى ارتضاؤه عن كثير من الأصحاب. و يظهر من الجميع عدم الخلاف فى ذلك. بل فى كلام بعض أنه بلا خلاف ظاهر. و كأنه لما

---

(۱) البقرة: ۲۳۲.

[(مسألة ۲): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء- من وثبة و نحوها]

(مسألة ۲): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء- من وثبة و نحوها فحكمها حكم البكر (۱). و أما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال (۲). و لا يبعد الإلحاق بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج (۳). و عليه فاذا تزوجت

یستفاد من دلیل السقوط بالعضل.

(۱) کما نص على ذلک فی المسالک، و الجواهر، و غیرهما. لأن النصوص المتقدمة فی استثناء الثیب- و مثلها خبر ابن جعفر المتقدم فی أدلة استقلال الولی- مختصة بمن نکحت رجلًا، فلا تشمل المورد. بل یرجع فیه الى عموم الولایة. نعم قد یشکل ذلک بأن بعض النصوص ولایة الولی مختصة بالبکر، و لا تشمل الفرض. لکن لو تمَّ کفى نصوص استثناء الثیب المتقدمة فی إثبات الولایة على من لم تنکح زوجاً آخر.

(۲) و الذی اختاره فی الجواهر إلحاقها بالثیب، أخذاً بإطلاق الأدلة.

قال: «و ما فی بعض النصوص من ظهور اعتبار النکاح فی الثیب محمول على الغالب و نحوه، بعد قصوره عن تقیید غیره من المطلق للشهرة». أقول:

لا- ینبغی التأمل فی أن الثیبوبة تتحقق بزوال البکارة بوطء أو غیره. و حینئذ فإن أخذ بإطلاق الثیب و البکر کان اللازم إلحاق زوال البکارة بالوثبة و نحوها بالثیبوبة، لصدقها حقیقة. و إن بنی على تقیید الإطلاق بالنصوص المتقدمة فهی مختصة بالمتزوجة. و حملها على الغالب فی هذه الجهة دون غیرها تفکیک لا یساعد علیه العرف. فاذاً المتعین البناء على التقیید فی الأمرین معاً. و حینئذ یتعین فی زوال البکارة بالزنا و الشبهة الإلحاق بالبکر.

(۳) هذه الدعوى غیر ظاهرة، بل ممنوعة، لأن البکر ذات البکارة، و لا دخل للتزویج و عدمه فیها. و کأن الأولى الاستدلال بالنصوص، بدعوى أن المفهوم منها أن المدار على التزویج، لا على الثیبوبة. و إن کان التأمل

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۵۱

و مات عنها أو طلقها قبل أن یدخل بها لا یلحقها حکم البکر (۱) و مراعاة الاحتیاط أولى.

[(مسألة ۳): لا یشترط فی ولایة الجد حیاة الأب، و لا موته]

(مسألة ۳): لا یشترط فی ولایة الجد حیاة الأب، و لا موته. و القول بتوقف ولایته على بقاء الأب- کما اختاره جماعة- (۲) ضعیف. و أضعف منه القول بتوقفها على موته، کما اختاره بعض العامة.

فیها یقتضی کون المدار على الثیبوبة بالتزویج، لا مطلق التزویج.

و المتحصل مما ذکرنا: أن المحتمل فی الثیب أربعة معان: المعنى العرفی، و هو زوال البکارة. و زوال البکارة بالوطء. و زوال البکارة بوطء الزوج، و مجرد کونها مزوجة و إن کانت باکراً. و یقابلها الباکر.

و أن ظاهر النصوص یقتضی المعنى الثالث، و أن الأول لم یعرف به قائل، و الثانی اختاره فی الجواهر، و الرابع اختاره المصنف، و لم یعرف له موافق.

(۱) یعنی: فیلحقها حکم الثیب. و هو کما ترى.

(۲) حکاه فی الشرائع قولا. و نسبه فی کشف اللثام إلى الصدوق، و الشیخ، و التقی، و سلار، و بنی الجنید و البراج و زهرة و حمزة. و استدل له

بموثق الفضل بن عبد الملک عن أبی عبد الله (ع): «قال: إن الجد إذا زوج ابنة ابنه و کان أبوها حیاً و کان الجد مرضیاً جاز. قلنا فإن هوى أبو الجاریة هوى، و هوى الجد هوى ..» «۱»

، لدلالة مفهومه على عدم الجواز مع فقد الأب. و أشکل بضعف سند الروایة، و دلالتها. لکن الروایة من الموثق، و هو حجة. و الدلالة

للمفهوم، و هو أيضاً حجة.

و حمله- كما في المسالك- على أنه من مفهوم الوصف، الذي ليس بحجة غير ظاهر. نعم يحتمل في القيد المذكور أنه ذكر تمهيداً للحكم المذكور في

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۵۲

.....

ذيل الرواية من التشاح بين الجد و الأب، الذي لا يمكن فرضه إلا في حال وجود الأب، فتكون الشرطية من قبيل الشرطية لتحقيق الموضوع.

فتأمل. و لذلك اختار هذا القول في الوسائل.

لكن في كشف اللثام مال إليه، للأصل، إلا فيما أجمع عليه، و هو صورة حياة الأب بعد ضعف أدلة الطرفين. و فيه: أنه لا قصور في دليل القول المذكور بعد أن كان السند من الموثق، و الدلالة لمفهوم الشرط، فيقيد به إطلاق ما دل على ولاية الجد، على تقدير تماميته. مع أنها لا تخلو من تأمل إذ لم نقف على دليل لولاية الجد، إلا ما تضمن أولويته من الأب، مثل

موثق عبيد بن زرارة: «قلت لأبي عبد الله (ع):

الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل، و يريد جدها أن يزوجها من رجل آخر. فقال (ع): الجد أولى بذلك ..» «۱».

و نحوه خبره الآخر

«۲»، و خبر علي بن جعفر المروي في قرب الاسناد و في كتابه

«۳»، و غيرهما. و كلها مختصة أيضاً بصورة حياة الأب. بل ظاهر تعليل ذلك في بعضها بأنها و أباها للجد كالصريح في الاختصاص بذلك، إذ لا مجال للتعليل المذكور مع فقد الأب. و أما

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «قال الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ هو ولي أمرها» «۴».

فدلالته غير ظاهرة و حمل من هو ولي أمرها على من له ولاية المال، و منه الجد، لا قرينة عليه، و إن ذكر في المسالك و غيرها. و مثله صحيح أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «سألته عن الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۵.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۸ و ملحقة.

(۴) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۵۳

[(مسألة ۴): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها]

(مسألة ۴): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها (۱).

النِّکاحِ قال: هو الأب، و الأخ، و الرجل یوصی إلیه، و الذی یجوز أمره فی مال المرأة فیبتاع لها و یشتری. فأی هؤلاء عفا فعفوه جائز فی المهر إذا عفا عنه» «۱».

و دعوی: أن الجد یجوز أمره فی مال المرأة حتی مع فقد الأب، فیکون ممن بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ. مدفوعة: بأن ظاهر الآیة الشریفة الاختصاص بالبالغات، بقرینة نفوذ عفوهن، فالروایات الواردة فی تفسیرها قاصرة عن شمول غیرهن. و لذا ذکر الأخ فی الصحیح المتقدم. و من ذلک یظهر بالوجه فیما ذکره کاشف اللثام من ضعف أدلة الطرف الآخر.

نعم یشکل ما ذکره من أن قول الجماعة مطابق للأصل. وجه الاشکال:

أن أصالة عدم ترتب الأثر محکومة لاستصحاب الولایة الثابتة للجد حال حیاة الأب. نعم لا تجری إذا کان الأب قد مات فی حال کون الصغیر حملًا، فیکون مقتضی الأصل العدم.

ثمَّ إنه تمکن المناقشة فی مفهوم الموثق باحتمال کون الشرط مساقاً لتحقیق الموضوع بلحاظ ما فی ذیله من قوله (ع)

«فإن هوی ..»

، کما عرفت.

و حینئذ یکون الدلیل علی القول المذکور ضعیفاً أیضاً.

(۱) بلا خلاف ظاهر. و فی المسالک: أنه لا یظهر فیه مخالف.

انتهی. و عن غیرها: الإجماع علیه. و یشهد له

صحیح عبد الله بن الصلت قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الجاریة الصغیرة یزوجها أبوها إلها أمر إذا بلغت؟ قال (ع): لا، لیس لها مع أبیها أمر» «۲».

و صحیح

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۳.

بل هو لازم علیها. و کذا الصغیر علی الأقوی (۱).

محمد بن إسماعیل بن بزیع قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الصبیة یزوجها أبوها، ثمَّ یموت و هی صغیرة، فتکبر قبل أن یدخل بها زوجها، یجوز علیها التزویج، أو الأمر إلیها؟ قال (ع): یجوز علیها تزویج أبیها» «۱».

و نحوهما صحیح علی بن یقطین

«۲»، و غیره. لکن

فی صحیح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الصبی یتزوج الصبیة. قال (ع):

إن کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز، و لکن لهما الخیار إذا أدرکا» «۳».

و لکنه لم یعرف عامل به، و لا مفت بمضمونه فی الصغیرة. و نحوه ما

فی خبر یزید الکناسی عن أبی جعفر (ع): «متی یجوز للأب أن یزوج ابنته و لا یستأمرها؟ قال (ع): إذا جازت تسع سنین، فان زوجها قبل بلوغ التسع سنین کان الخیار لها إذا بلغت تسع سنین ..» «۴».

(۱) علی المشهور. و یشهد له

صحيح الحلبى قال: «قلت لأبى عبد الله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ فقال (ع): أما التزويج فصحيح. و أما طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك ..» «۵».

بـذلك استدل فى الحدائق. لكن دلالته على نفى الخيار غير ظاهرة، لأن صحة العقد لا تنافى الخيار، بل هى موضوع للخيار. و مثله ما دل على توارثهما إذا زوجهما الأبوان

«۶»، فإن التوارث إنما يدل على الصحة لا غير، و هى لا تنافى

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النكاح حديث: ۷.

(۳) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النكاح حديث: ۸.

(۴) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النكاح حديث: ۹.

(۵) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ۴.

(۶) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱ و تقدم ذكر الحديث فى الصفحة: ۴۳۷.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۵۵

و القول بخياره فى الفسخ و الإمضاء (۱) ضعيف. و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (۲).

[(مسألة ۵): يشترط فى صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة]

(مسألة ۵): يشترط فى صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة (۳)، و إلا يكون العقد فضولياً، كالأجنبى

الخيار. و على هذا ينحصر دليل نفى الخيار فى الصغير بما دل على اللزوم.

(۱) نسب إلى الشيخ فى النهاية، و بنى البراج و حمزة و إدريس: لصحيح ابن مسلم المتقدم، و لتطرق الضرر إليه من جهة إثبات المهر فى ذمته و النفقة من غير ضرورة، و بذلک افترق عن الصبية، فإن العقد عليها يثبت لها المهر و النفقة، لا عليها، و

لخبر يزيد الكناسى: «إن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرک كان بالخيار إذا أدرک و بلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر فى وجهه، أو ينبت فى عانته» «۱».

لكن الصحيح بعد عدم العامل به فى الصبية يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره، لتعذر التفكيک فى معنى الخيار فى الصبى و الصبية. و الضرر المذكور إن تمَّ كونه ضرراً منفياً كان موجباً لقصور الولاية، و عدم صحة العقد كالفضولى. و إلا- كما هو المفروض فى كلامهم- فلا يصلح لإثبات الخيار، و لا لإثبات غيره. و أما خبر الكناسى

فالإشكال فيه كالإشكال فى الصحيح، فقد ذكر فى صدره الخيار للصغيرة، و لأجله يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره. مضافاً الى أنه غير ظاهر الحجية، لعدم ثبوت وثاقة يزيد الكناسى. نعم فى السند أحمد بن محمد بن عيسى، و الحسن بن محبوب، و أبو أيوب الخراز. و قد يشعر ذلک بالوثاقة.

(۲) إجماعاً، كما فى المسالک و فى كشف اللثام: لا يعرف فيه خلاف.

و يقتضيه ما دل على لزوم العقود.

(۳) يظهر من المسالک الاتفاق عليه، حيث جعل الفارق بين ولاية

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۹.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۵۶

و یحتمل عدم الصحة بالإجازة أیضا (۱). بل الأحوط مراعاة المصلحة (۲). بل یشکل الصحة إذا کان هناک خاطبان أحدهما أصلح من الأخر بحسب الشرف، أو من أجل کثرة المهر أو

الأب و ولایة الحاکم الاجتزاء بعدم المفسدة فی الأولی، و اعتبار المصلحة فی الثانیة. فکأن ولایة الأب فی النکاح غیر ولایته فی المال، فان المشهور بین القدماء، المدعی علیه الإجماع، و المصرح به فی کلام جماعة من المتأخرین:

اعتبار المصلحة فیها. و الفارق بین المقامین هو عدم وضوح الإطلاق فی ولایة الأب فی المال، بخلاف المقام. و علی هذا فالذی یدل علی اعتبار الشرط المذکور هنا دلیل نفی الضرر. و یقتضی الاجتزاء به فی صحة العقد و إن لم یکن مصلحة إطلاق أدلة الولایة، المقتصر فی تقییده علی ما ذکر. و أما ما ورد فی جواز الأخذ من مال الولد

«۱» إذا لم یکن فیه سرف، أو إذا کان بالمعروف، أو إذا کان مما لا بد منه، معللًا بأن الله لا یحب الفساد فمورده التصرف فی مال الکبیر. مع کون التصرف راجعاً الی المتصرف لا إلی الولد، فالتعدی إلی الصغیر فی التصرف الراجع إلیه فی غیر المال، غیر ظاهر. فالعمل بالإطلاق متعین.

(۱) بناء علی أنه یعتبر فی المجیز أن یکون جائز التصرف حال العقد، و إلا لم تصح اجازته، کما سینبه المصنف علی ذلک فی المسألة السادسة.

لکن اشتراط ذلک خلاف إطلاق الأدلة.

(۲) لما عرفت من أن المشهور بین المتقدمین اعتبار المصلحة فی نفوذ تصرف الولی الإجباری فی المال. بل قد یستظهر من حجر التذکرة دعوی نفی الخلاف فیه بین المسلمین و قد صرح به جماعة کثیرة فیتعدی منه الی المقام، فیلحق المقام به. لکنه- مع عدم ثبوت ذلک فی الملحق به- غیر

---

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب ما یکتسب به.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۵۷

قلته بالنسبة إلی الصغیر (۱)، فاختار الأب غیر الأصلح لتشهی نفسه.

[(مسألة ۶): لو زوجها الولی بدون مهر المثل، أو زوج الصغیر بأزید منه]

(مسألة ۶): لو زوجها الولی بدون مهر المثل، أو زوج الصغیر بأزید منه، فان کان هناک مصلحة تقتضی ذلک صح العقد و المهر و لزم (۲)، و إلا ففی صحة العقد و بطلان المهر و الرجوع الی مهر المثل، أو بطلان العقد أیضاً قولان (۳)

ظاهر فی قبال إطلاق الأدلة. و دعوی الانصراف الی خصوص المصلحة ممنوعة. و من ذلک یظهر نفی الاشکال الذی ذکره المصنف بقوله: «بل یشکل ..»، فإن إطلاق الأدلة محکم.

(۱) لا یخلو هذا المثال من الإشکال. لأن الصغیر إذا زوج بمهر کثیر کان ذلک التزویج ضرراً علیه، لا خلاف الأصلح. بخلاف الصغیرة إذا زوجت بالمهر القلیل، فإنه خلاف الأصلح لا غیر.

(۲) لعموم دلیل الولایة. و عن جامع المقاصد: أنه المعتمد فی الفتوی

(۳) و عن الشیخ (ره): قول ثالث، و هو صحة العقد و المهر و لزومهما، عملًا بإطلاق أدلة الولایة، المعتضد بما دل علی جواز عفوه عن المهر بعد ثبوته. و فیه: أن التعدی عن العفو الی المقام غیر ظاهر، فان نقص المهر ربما یکون مهانة علی الزوجة، و لیس العفو کذلک. و أدلة نفی الضـرر مقدمة علی إطلاق أدلة الولایة. و حینئذ یدور الأمر بین القولین الأولین. و لأجل ذلک قال فی الشـرائع: «إذا زوجها الولی بـدون مهر المثل هل لها أن تعترض؟ فیه تردد. و الأظهر أن لها الاعتراض» و لم یتعرض لمورد الاعتراض، و أنه خصوص المهر، أو العقد نفسه. و قد ذکر فی المسالک و غیرها وجهین أو قولین. و قد تبع المصـنف صاحب الجواهر فی اختیار ثانیهما، لأن الواقع فی الخارج أمر واحد مشخص، فاما أن

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۵۸

.....

یکون صـحیحاً بلا إجازة، أو موقوفاً علیها. و لا مجال للتفکیک فیه بین ذات العقـد فیصـح و بین المهر فیتوقف علی الإجازة. و لـذا لو عقد فضولا بمهر خاص لم یجز للأصیل إجازة العقد دون المهر.

و فی المسالک اختار الأول، لأن العقد صـحیح، و إنما المانع من قبل المهر، و یمکن جبره بفسـخه خاصة، و الرجوع الی مهر المثل. و لاـ نسـلم أنهما واحـد، بل اثنان لا تلازم بینهما. و أوضـحه شـیخنا الأعظم (ره) فی رسالـة النکاح بأن دلیل صـحة تصـرف الولی شامل لنفس العقـد، فلا وجه لتوقفه علی الإجازة. غایة الأمر أن الضـرر فی الصداق اقتضـی خروجه عن دلیل الولایة، فیتوقف علی الإجازة. و التفکیک بین العقـد و المهر فی مثل ذلک ثابت لا مانع منه. و أما عـدم جواز التفکیک فیما لو عقد فضولا بمهر خاص، فهو لأجل أن الإجازة بمنزلـة القبول، لا یجوز التفکیک فیه بین أبعاض العقـد الواحـد. و لیس منه المقام، لما عرفت من أن العقد فی نفسه لا یحتاج إلی الإجازة، و أن المحتاج إلیها خصوص المهر لا غیر. و قد أطال (قدس سره) فی توضیح ذلک. فراجع.

و یشـکل بأن الضرر لیس فی جعل المهر نفسه، و إنما هو بالنکاح علی المهر المذکور، فالضرر یکون بالنکاح المقید بالمهر، و انتفاؤه بدلیل نفی الضرر عین البطلان. و بالجملة: لو کان الضرر حاصلا من جعل المهر نفسه أمکن أن یقال بصحة العقد عملا بعموم الولایة، و ببطلان المهر، عملا بعموم نفی الضـرر. لکنه لیس کـذلک، بل الضـرر حاصل من التزویج بالمهر المذکور. فنفیه بدلیل نفی الضـرر یقتضـی بطلاـن نفس التزویـج، لا بطلان المهر وحـده و نظیر ذلک ما تقـدم فی مبحث الریاء فی الصـلاة، فإنه إذا صـلی جماعـة ریاء، فالریاء یکون بالصلاة فتحرم، لا بالجماعة فتحرم هی دون الصلاة، فتبطل الجماعة و تصح الصلاة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۵۹

أقواهمـا: الثـانی. و المراد من البطلاـن عـدم النفوذ، بمعنی توقفه علی إجازتهـا بعـد البلوغ. و یحتمل البطلان و لو مع الإجازة بناء علی اعتبار وجود المجیز فی الحال (۱).

[(مسألة ۷): لا یصح نکاح السفیه المبذر إلا بإذن الولی]

(مسألة ۷): لا یصح نکاح السفیه (۲) المبذر إلا بإذن الولی. و علیه أن یعین المهر و المرأة (۳). و لو تزوج

---

(۱) قد عرفت أن هذا خلاف إطلاق أدلة الصحة.

(۲) قال فی الشرائع: «و المحجور علیه للتبذیر لا یجوز له أن یتزوج غیر مضطر، و لو أوقع کان العقد فاسداً و إن اضطر الی النکاح جاز للحاکم أن یأذن له سواء عین الزوجة أو أطلق». و نحوه ما فی القواعد.

و وجه عـدم نفوذ نکاحه: أن النکاح تصـرف فی المال، لما یترتب علیه من المهر و النفقـة، و السـفیه محجور عن ذلک إجماعاً. و هذا

مما لا إشكال فيه. إنما الإشكال في لزوم الاقتصار في الاذن على حال الضرورة، فإذا تزوج مع عدم الضرورة الى ذلك لم يصح و إن أذن له الولي، فإن الظاهر أنه لا خلاف عندهم فيه، مع أنه لا يظهر الفرق بين النكاح و غيره، إذ في غير النكاح يصح تصرفه إذا أذن له الولي و كان التصرف عقلائياً و إن لم تكن ضرورة تدعو اليه، فما الذي ميز النكاح عن غيره؟! اللهم إلا أن تحمل الضرورة في كلامهم على الحاجة المتعارفة، كما هو غير بعيد عن مذاقهم، و إن كان بعيدا عن عبارتهم. و لأجل ما ذكرنا لم يتعرض في المتن لذكر الضرورة، و اكتفى بالمصلحة.

(۳) تعيين المهر من وظائف الولي. أما تعيين المرأة فمن وظائف الزوج، و ليس هو سفيهاً في هذه الجهة حتى يكون مولى عليه فيها. نعم إذا كان تعيينه يؤدي الى ضياع المال لم يقبل، لكون المفروض كونه محجوراً عن المال، فلو عين امرأة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو يزيد عما يليق

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۶۰

بدون إذنه وقف على إجازته فان رأى المصلحة و أجاز صح، و لا يحتاج إلى إعادة الصيغة، لأنه ليس كالمجنون و الصبي (۱) مسلوب العبارة، و لذا يصح وكالته عن الغير في إجراء الصيغة و مباشرته لنفسه بعد إذن الولي.

[(مسألة ۸): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته]

(مسألة ۸): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته من تعيين الزوجة و كيفية الامهار و نحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة إلى إذن الولي، و إن لم أر من تعرض له (۲).

بحاله لم يقبل منه. و كذلك الكلام في تعيين مكان العقد أو زمانه، فإنه يقبل منه التعيين، إلا إذا كان موجباً لضياع المال بحسب حاله. و بالجملة:

إذا اعتبرت الضرورة في جواز تزويجه وجب الاقتصار على الضرورة في الزوجة و المكان و الزمان و غيرهما من الجهات التي تختلف في زيادة المال، و لا يقبل تعيين السفيه في واحدة من الجهات إذا كان يوجب اختلاف المال.

و إن اكتفى بكون التصرف متعارفاً و إن لم تدع الضرورة إليه قبل تعيينه، إلا إذا لم يكن لائقاً بحاله، و كان موجباً لزيادة المال.

(۱) هذا مما لا إشكال فيه. و يقتضيه عموم الأدلة، بل قد تقدم في كتاب الإجارة أن من المحتمل أن يكون الصبي كذلك.

(۲) لكن ظاهر حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه في المال و أن الحجر يرتفع بالرشد في المال: أن السفه في غير الماليات لا أثر له في الحجر.

و يقتضيه عموم السلطنة. و ليس السفه في التزويج إلا كالسفه في المأكل، و المسكن، و الملبس، و المركب، و معاشرة الاخوان، و غير ذلك من الأمور المتعلقة بالإنسان مما لا يستوجب إتلاف المال و تبذيره. فان من الضروري

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۶۱

[(مسألة ۹): كل من الأب و الجد مستقل في الولاية]

(مسألة ۹): كل من الأب و الجد مستقل في الولاية (۱) فلا يلزم الاشتراك، و لا الاستئذان من الآخر. فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر (۲). و لو زوج كل منهما من شخص، فان علم السابق منهما فهو المقدم و لغى

أنه لا ولاية على السفيه فيها، و ليس هو ممنوعاً من التصرف إلا بإذن وليه، فليكن السفه في التزويج كذلك. نعم قد يستفاد من

رواية عبد الله ابن سنان: «إذا بلغ و نبت عليه الشعر جاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» [۱]

بناء على إطلاق السفيه، الشامل لما نحن فيه. لكنه غير ظاهر.

(۱) بلا- إشكال ظاهر و يقتضيه إطلاق النصوص و ظاهر الجواهر التوقف فى ذلک. حيث أنه فى شرح قول ماتنه: «فمن سبق عقده صح» ذكر أنه بناء على استقلال كل منهما بالولاية. انتهى.

(۲) يعنى: يصح السابق، كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما. و عن الغنية و السرائر: الإجماع عليه و فى الجواهر: «لم نعرف فيه خلافاً بينهم، بل يمكن دعوى الإجماع عليه». و الظاهر أنه كذلک. و يقتضيه إطلاق الأدلة. و يشهد له

صحيح هشام بن مسلم و محمد بن حكيم عن أبى عبد الله (ع):

«قال إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول. فإن كانا جميعاً فى حال واحدة فالجد أولى» «۱».

و

موثق عبيد بن زرارة: «قلت لأبى عبد الله

---

[۱] هذا المضمون مروى بتعبيرات مختلفة و أقرب الكل اليه ما رواه فى الوسائل باب: ۲ من احكام الحجر حديث: ۵، الا أنه نقله عن الخصال عن ابى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان. لكن الموجود فى الخصال الجزء: ۲ الصفحة: ۸۹ روايته عن بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان. فلاحظ.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج‌۱۴، ص: ۴۶۲

الآخر. و إن علم التقارن قدم عقد الجد (۱). و كذا إذا جهل التاريخان (۲). و أما إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فان

عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل و يريد جدها أن يزوجها عن رجل آخر. فقال: الجد أولى بذلک ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوجها قبله. و يجوز عليها تزويج الأب و الجد» «۱».

(۱) اتفاقاً، كما عن السرائر و الغنية. و يشهد به الصحيح و الموثق المتقدمان، و

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه و لابنه أيضا أن يزوجها. فقلت: فإن هوى أبوها رجلًا وجدها رجلًا. فقال (ع): الجد أولى بنكاحها» «۲».

و نحوه موثق عبيد بن زرارة عن أبى عبد الله (ع)

«۳». (۲) لما يأتى فى المتن من أنه يستفاد من الموثق المتقدم أن الشرط فى نفوذ عقد الجد أن لا يسبقه عقد الأب، و هذا الشرط يمكن إحرازه بالأصل فى الفرض. إذ الأصل يقتضى عدم سبق عقد الأب على عقد الجد، فيصح.

لكن يعارضه أصالة عدم سبق عقد الجد على عقد الأب، المقتضى لصحة عقد الأب، لما سبق من استقلال كل منهما بالولاية، فإذا سبق أحدهما بالعقد صح. هذا بناء على جريان الأصل بالنسبة الى كل من مجهولى التاريخ.

و أما بناء على التحقيق من عدم جريانه بالنسبة الى كل منهما. ذاتا فلا مجال لإحراز الشرط المذكور بالنسبة الى كل منهما. و حينئذ يعلم بصحة أحد العقدين و فساد الآخر من دون تعيين، فيتعين الرجوع الى القرعة، أو غيرها، على ما تقدم فى مبحث تزويج الأختين، و غيره.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۷.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۶۳

كان المعلوم تاريخ عقد الجد قدم أيضا (۱) و إن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدمه (۲). لكن الأظهر تقديم عقد الجد، لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الأب زوجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقاً (۳)

---

(۱) هذا واضح بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ، لأنه بعد أن كان عقد الجد معلوم التاريخ، أمكن جريان أصالة عدم عقد الأب قبله الى حينه، المثبت لصحته، لما عرفت من استقلاله بالولاية. و لا يعارضه أصالة عدم عقد الجد الى زمان عقد الأب، الموجب لصحته، لأنه مجهول التاريخ. نعم بناء على جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ يكون الأصل متعارضاً فی الطرفين، و يكون الحكم كما فی صورة الجهل بالتاريخين معاً.

(۲) بل المتعين ذلك بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ ذاتاً، فإن أصالة عدم سبق عقد الجد و عدم مقارنته لعقد الأب بلا معارض، فيثبت صحة عقد الأب. أما بناء على جريان الأصل يكون الأصل فی الطرفين متعارضاً، و يكون الحكم كما فی مجهولی التاريخ.

(۳) إن كان المراد من كونه سابقا أن لا يتقدمه عقد الجد و لا يقارنه.

فهو مما يمكن إثباته بالأصل، لأصالة عدم عقد الجد الى ما بعد انتهاء عقد الأب. و إن كان المراد من كونه سابقاً أن يكون بحيث يلحقه عقد الجد، بأن يكون عنوان السبق بنفسه ملحوظاً شرطاً، فهذا غير مفهوم من أدلة الولاية للأب، فإن عقد الأب صحيح و إن لم يلحقه عقد الجد. و بالجملة:

المفهوم من النصوص: صحة عقد الجد إذا كان وارداً على امرأة خلية غير مزوجة، فيكون الشرط ذلك، لا مجرد عدم السبق لعقد الأب من حيث هو، فالشرط وجودی لا عدمی. و كذلك المفهوم منها: أن شرط

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۶۴

و ما لم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى (۱) فتحصل: أن اللازم

صحة عقد الأب أن يرد على خلية غير مزوجة و لا يقارنه عقد الجد، لا مجرد السبق على عقد الجد من حيث هو سبق. و من ذلك يظهر الاشكال فيما فی الجواهر، فإنه ذكر أنه مع العلم بتاريخ أحدهما و جهل الآخر يحكم بصحة المعلوم، بناء على أصالة تأخر المجهول عنه. و إن جهلا معاً قدم عقد الجد بناء على أن مقتضى الأصلين الاقتران، الذی قد عرفت تقدم عقد الجد فيه. و إن قلنا أن الاقتران أيضا حادث كان الحكم بالقرعة التی هی لكل أمر مشكل. مع احتمال تقدم عقد الجد، لإطلاق ما دل عليه ما لم يسبقه عقد الأب، فمتى لم يعلم يحكم بتقدم عقده. فتأمل جيداً.

انتهى. و لعله أشار بالأمر بالتأمل إلى ضعف الاحتمال المذكور. كما أن من المحتمل أن يكون المراد من أصالة تأخر الحادث استصحاب عدمه الى ما بعد زمان الحادث الآخر، فيكون صحيحاً. و حينئذ يتم ما ذكره من الأخذ بالعقد المعلوم التاريخ، و رفع اليد عن مجهول التاريخ. و البناء على القرعة مع الجهل بالتاريخين.

(۱) لأصالة عدم سبق عقد الأب إلى حين عقد الجد. لكن عرفت أنه مع البناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ كيف يجری فی المقام أصالة عدم عقد الأب إلى حين عقد الجد مع كونه مجهول التاريخ؟.

و الذی یتحصل: أن المصنف (ره) یستظهر من النصوص أن الشرط فی نفوذ عقد الأب أن لا یسبق عقد الجد، و الشرط فی نفوذ عقد الجد أن لا یسبقه عقد الأب. فمع الجهل بالتاریخین یمکن نفی شرط نفوذ عقد الأب بأصالة عدم سبقه علی عقد الجد، و إثبات شرط نفوذ عقد الجد بأصالة عدم سبق عقد الأب علیه. و کذا مع الجهل بتاریخ أحدهما دون الآخر أیاما کان منهما. لکن الاستظهار المذکور غیر ظاهر الوجه، بل المستفاد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۶۵

تقدیم عقد الجد فی جمیع الصور إلا فی صورة معلومیة سبق عقد الأب. و لو تشاح الأب و الجد فاختار کل منهما واحداً قدم اختیار الجد (۱). و لو بادر الأب فعقد، فهل یکون باطلًا أو یصح؟ وجهان، بل قولان (۲)، من کونه سابقاً

من الأدلة أن العقد من کل من الأب و الجد ینفذ مع قابلة المحل، فاذا وقع العقد من أحدهما لم یصح العقد من الآخر، لعدم قابلیة المحل، و إذا اقترنا کان عقد الجد مقدما. فعنوان السبق بما هو لم یؤخذ موضوعاً لنفوذ عقد الأب، و إنما لو حظ طریقاً الی کون الصغیرة مزوجة. و کذا عدم سبق عقد الأب یراد منه کونها خلیة. و من ذلک یظهر لک الاشکال فیما فی الجواهر من احتمال تقدیم عقد الجد مع الجهل بالتاریخین، لإطلاق ما دل علیه إذا لم یسبقه عقد الأب، فمتی لم یعلم یحکم بتقدم عقده. انتهی.

فان ذلک خلاف الظاهر. و المتعین الرجوع الی القرعة بعد أن کان الأصل لا یصلح لإثبات کونها خلیة إلی حین العقد بالنسبة الی کل منهما، کما هو التحقیق. و إذا بنی علی ما احتمله فی الجواهر تعین البناء علی صحة عقد الجد حتی فیما جهل تاریخ أحدهما و علم تاریخ الآخر اعتماداً علی الأصل، حسب ما اختاره المصنف. و لا وجه للفرق بین صورة الجهل بالتاریخین و الجهل بتاریخ أحدهما. فلاحظ.

(۱) کما فی الشرائع و القواعد و غیرهما. و فی کشف اللثام: حکایة الإجماع علیه عن الانتصار و الخلاف و المبسوط و السرائر. و یشهد له النصوص، کصحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع)

، و موثقی عبید بن زرارة

المتقدمة فی أوائل المسألة.

(۲) اختار فی المسالک ثانیهما قال: «لو کان السابق الأب و قد علم بأن الجد مخالف له و قصد سبقه بالعقد، فقد ترک الأولی، و صح عقده».

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۶۶

فیجب تقدیمه. و من أن لازم أولویة اختیار الجد عدم صحة خلافه. و الأحوط مراعاة الاحتیاط. و لو تشاح الجد الأسفل و الأعلی هل یجری علیهما حکم الأب و الجد أو لا؟ وجهان، أوجههما: الثانی، لأنهما لیسا أباً و جداً بل کلاهما جد، فلا یشملهما ما دل علی تقدیم الجد علی الأب (۱)

لکن فی الجواهر: «قد یقال ببطلان عقده حینئذ. لأولویة الجد منه فی هذا الحال، الظاهرة فی انتفاء الولایة للأب، بل هو المعنی المعروف المستعمل فیه لفظ الأولی فی غیر المقام». ثمَّ حکی فی آخر کلامه عن کشف اللثام: دعوی الاتفاق علی صحة السابق، و جعله مقتضی إطلاق الصحیح، یعنی: صحیح هشام

، و الموثق

المتقدمین، و علیه فلا مجال للإشکال فیه.

و یتعین حمل الأولویة فی کلامهم فی صحیح محمد بن مسلم

و غيره على التكليفية، استحبابية أو وجوبية، لا الوضعية. و على هذا لا يظهر وجود قائل بالأول.

فقول المصنف (ره): «قولان» إن أراد بالأول ما فى الجواهر، فليس هو إلا إشكالًا على الدليل. و إن كان غيره فلم أعثر عليه.

(۱) لكن

فى خبر عبيد بن زرارة عن أبى عبد الله (ع): «قال (ع) إنى لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدى على أبيه، فقال: أصلح الله الأمير إن أبى زوج ابنتى بغير إذنى. فقالوا زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقال: نكاحه باطل. قال (ع):

ثمَّ أقبل على فقال: ما تقول يا أبا عبد الله. فلما سألنى أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) أن رجلا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا فقال له رسول الله (ص): أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه

[(مسألة ۱۰): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب]

(مسألة ۱۰): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب (۱)، سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أولا،

و لا يجوز نكاحه؟ قال (ع): فأخذ بقولهم و ترك قولى» «۱».

و قد يظهر من التعليل أولوية الجد باعتبار ولايته على الأب، كما فى الجواهر.

لكن التعليل المذكور علل به نفوذ تصرف الجد، لا أولويته من الأب عند الاقتران. و منه يظهر الإشكال فى الاستدلال على ذلك بخبر قرب الاسناد

«۲» المشتمل على أولوية الجد مع اختلافهما فيمن يراد تزويجه،

معللًا بذلك. إلا أن يقال: عموم التعليل شامل للمقام و إن كان التعليل فى مورد خاص. اللهم إلا أن يشكل التعليل شامل للمقام و إن كان التعليل فى مورد خاص. اللهم إلا أن يشكل التعليل فى الأول بمعارضته بغيره، كما تقدم فى مسألة أنه لا يجوز للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً و يحج به، فراجع هذا المبحث من الشرح. فتأمل جيداً. كما يشكل التعليل فى الثانى بأنه لا عامل به على ظاهره و مؤولة مجمل لا يمكن الاستدلال به. فلاحظ،

(۱) قال فى الشرائع: «إذا زوجها الولي. بالمجنون و الخصى صح، و لها الخيار. و كذا لو زوج الطفل بمن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ».

و فى المسالك استدل على الصحة: بأن العيوب المذكورة لا تنافى الكفاءة التى هى شرط الصحة. و استدل على الخيار بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة. و مقتضى ذلك: أنه إذا زوج الولي بمن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً و لا خيار. ثمَّ حكى فى المسالك عن الشيخ فى الخلاف القول بالصحة و لم يذكر الخيار، و عن الشافعية قولًا بعدم الصحة، من حيث أنه لاحظ للمولى عليه فى تزويج المعيب سواء علم الولي أم لم يعلم، و وجهاً ثالثاً بالتفصيل بين علم الولي بالعيب فيبطل، كما

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد النكاح حديث: ۸.

لأنه خلاف المصلحة. نعم لو کان هناک مصلحة لازمة المراعاة جاز. و حینئذ لا خیار له و لا للمولی علیه (١) إن لم یکن من العیوب المجوزة للفسخ، و إن کان منها ففی ثبوت الخیار للمولی علیه بعد بلوغه أو إفاقته، و عدمه لان المفروض إقدام الولی مع علمه به. وجهان، أوجههما: الأول، لإطلاق أدلة تلک العیوب (٢). و قصوره

لو اشتری له المعیب مع علمه بالعیب، و الجهل فیصح. و یثبت الخیار للولی علی أحد الوجهین، أولهما عند البلوغ. قال: «و هذا الوجه الأخیر موجه». و اختاره المصنف، و علله بأنه خلاف المصلحة. و کأنه یرید بذلک أنه فیه، مفسدة، و لو الغضاضة العرفیة و الاستنکار. و حینئذ یکون البطلان فی محله، لما عرفت من اشتراط تصرف الولی بعدم المفسدة و لذا قال فی الجواهر: «لا یخلو من قوة إن لم یکن إجماعاً، و لم تحصل مصالح تقتضی الفعل، أو مرجحات بحیث ترتفع المرجوحیة معها، و حینئذ ینفذ و یلزم علی المولی علیه». و الوجه فی الحکم الثانی أیضا إطلاق أدلة الولایة.

و مما ذکرنا یظهر أن المراد بالعیب فی کلام المصنف لا بد و أن یکون خصوص ما کان وجوده موجباً للضرر عرفاً، فلا یشمل العیب الذی لا یکون وجوده ضرراً علی الزوجة و لا مهانة علیها، مثل کونه ناقصا بعض الأصابع أو زائدها. و إلا کان الوجه الصحة، عملًا بإطلاق الأدلة.

(١) إذ لا دلیل علی هذا الخیار، و الأصل اللزوم.

(٢) کما فی المسالک. و تبعه فی الجواهر فی توجیه الخیار الذی ذکره المحقق. لکن هذا الإطلاق غیر ظاهر، فان تلک الأدلة کما لا تشمل صورة علم الزوج لا تشمل صورة علم ولیه أو وکیله مع إقدامهما علی العیب لاقتضاء المصلحة ذلک، کما هو الحال فی سائر المعاملات التی یوقعها الولی

مستمسک العروة الوثقی، ج١۴، ص: ۴۶٩

بمنزلة جهله (١). و علم الولی و لحاظه المصلحة لا یوجب سقوط الخیار للمولی علیه. و غایة ما تفید المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقی أدلة الخیار بحالها. بل ربما یحتمل ثبوت الخیار للولی أیضا (٢) من باب استیفاء ما للمولی علیه من الحق.

و هل له إسقاطه أم لا؟ مشکل (٣)، إلا أن یکون هناک مصلحة ملزمة لذلک. و أما إذا کان الولی جاهلا بالعیب و لم یعلم به إلا بعد العقد، فان کان من العیوب المجوزة للفسخ فلا إشکال فی ثبوت الخیار له (۴)، و للمولی علیه إن لم یفسخ،

أو الوکیل علی المعیب.

(١) یعنی: حتی لو فرض أن الصغیر کان عالماً بالعیب. و لکن لا دلیل علی هذه المنزلة و إن ادعیاها فی المسالک و الجواهر. و لو سلمت لم تجد فی ثبوت الخیار، لأن علم الولی بمنزلة علم المولی علیه، کما أن علم الوکیل بمنزلة علم الموکل فی خروجه عن منصرف أدلة الخیار، کما سبق.

(٢) فی الجواهر: «لا یبعد ثبوته للولی أیضا باعتبار نیابته عن المولی علیه المفروض عدم إسقاط إقدامه مع علمه إیاه». و هو فی محله. لکن عرفت عدم تمامیة المبنی. و وجه التوقف فی ذلک ما ذکره فی المسالک من أن الخیار هنا أمر یتعلق بشهوة الزوجین، و لا حظ فیه لغیرهما، فیناط بنظرهما. و الی ذلک أشار فی عبارته السابقة بقوله: «علی أحد الوجهین».

و یضعفه أنه خلاف ما دل علی ولایة الولی. فلاحظ.

(٣) بل لما کان تضییعاً للحق کان ممنوعاً.

(۴) ثبوته للولی لا بد أن یکون من حیث کونه ولیاً و نائباً عن المولی علیه، فالخیار للمولی علیه لا غیر، لکن قبل البلوغ ینوب عنه فیه الولی،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۷۰

و للمولی علیه فقط إذا لم یعلم به الولی الی أن بلغ أو أفاق.

و إن کان من العیوب الأخر فلا خیار للولی (۱). و فی ثبوته للمولی علیه و عدمه وجهان، أوجههما: ذلک (۲)، لأنه یکشف عن عدم المصلحة فی ذلک التزویج. بل یمکن أن یقال: إن العقد فضولی حینئذ لا أنه صحیح و له الخیار.

و بعد البلوغ یقوم به بنفسه أو بوکیله. و علی هذا فقول المصنف (ره):

«لا إشکال فی ثبوت الخیار له» غیر ظاهر، لما عرفت من الإشکال الذی ذکره فی المسالک، و أنه أحد الوجهین. نعم لا إشکال فی ثبوت الخیار للمولی علیه لإطلاق أدلته. هذا بعد البناء علی صحة العقد. أما إذا بنی علی فساده، للمفسدة، کما یأتی فی غیر العیوب المجوزة للفسخ، و کما سبق فی حال علم الولی. لأن کونه مصلحة و غیر مصلحة تابع للواقع، لا للعلم و عدمه، فالعقد باطل من أصله. نعم لو فرض أن فیه مصلحة یتدارک بها نقص العیب، و کان الولی جاهلًا بذلک، کان العقد صحیحاً حینئذ، و یثبت الخیار لإطلاق أدلته. و لا مجال للإشکال المتقدم، للفرق بین المقامین.

و کذا الحکم فی سائر المعاملات التی یوقعها الولی مع الجهل بالعیب.

(۱) لأصالة اللزوم بعد أن لم یکن دلیل علی الخیار. هذا لو کان المراد نفی الخیار للولی فی مقابل المولی علیه. و إن کان المراد نفیه للولی من حیث کونه ولیاً فلا وجه له بعد أن بنی علی ثبوت الخیار للمولی علیه، فإنه إذا ثبت له ثبت للولی من حیث کونه ولیاً.

(۲) الخیار هنا خلاف ما دل علی أنه لا یرد النکاح إلا من العیوب المخصوصة. و أما التعلیل الذی ذکره فی المتن، فان کان المراد به المفسدة- کما هو الظاهر- اقتضی بطلان العقد من أصله، إذ لا ولایة للولی حینئذ، فیتعین کون العقد فضولیاً تتوقف صحته علی الإجازة. و بالجملة: إن دل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۷۱

[(مسألة ۱۱): مملوک المملوک کالمملوک]

(مسألة ۱۱): مملوک المملوک کالمملوک فی کون أمر تزویجه بید المولی (۱).

[(مسألة ۱۲): للوصی أن یزوج المجنون المحتاج الی الزواج]

(مسألة ۱۲): للوصی أن یزوج المجنون المحتاج الی الزواج (۲)،

علی صحة العقد هنا دلیل فلا وجه للخیار للولی و لا للمولی علیه، لما دل علی أنه لا یرد النکاح إلا من العیوب المخصوصة. و إن لم یدل علی الصحة دلیل کان اللازم القول بالبطلان.

و المتحصل من جمیع ما ذکرناه: أنه إذا زوج الولی بمن فیه العیب الموجب للمنقصة بطل العقد من دون فرق بین العالم و الجاهل، و العیب الموجب للخیار و غیره. و إنه إذا کان الولی قد لاحظ مصلحة یتدارک بها النقص صح العقد، و لا خیار للمولی علیه، کما هو ظاهر المسالک، و الجواهر.

و أما ما ذکره المصنف (ره) فیتوجه علیه الاشکال من وجوه. أحدها:

التفصیل بین الولی و المولی علیه. و الثانی: إثباته للمولی علیه. و الثالث:

تعلیل الخیار بما یوجب البطلان لا الخیار.

(۱) الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن المملوک كسائر الأموال التى تكون للمملوک كلها تحت سلطان المولى، لما فى الصحيح من أن العبد و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير، و لا كثير عطاء، و لا وصية، إلا أن يشاء سيده

«۱». و نحوه غيره.

(۲) قال فى الشرائع: «للوصى أن يزوج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضرورة إلى النكاح» و نحوه فى القواعد. و فى المسالک: يظهر منهما عدم الخلاف فى هذه الصورة. يعنى: صورة ما إذا بلغ فاسد العقل.

و فى الجواهر: «نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها فى ذلک. بل عن ظاهر

---

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب الوصايا حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۲

بل الصغير أيضاً (۱)

الكفاية: الإجماع عليه، بل عن القطيفى: دعواه صريحاً». و هو عجيب بعد تصريح المسالک: بأن غيرهما أطلق الخلاف فى تصرف الوصى فيه، و أنه هو الوجه.

و كيف كان فان قلنا بعدم الولاية للوصى على الصغير، فاللازم القول بذلک فى المجنون، لعدم الدليل على هذه الولاية. و الاستدلال عليها بثبوت الضرورة. و عجز المحتاج عن المباشرة، فأشبه ذلک الإنفاق عليه- كما حكاه فى المسالک و غيرها- غير ظاهر، إذ لو اقتضى ذلک لزوم التزويج فاما أن يختص بالحاكم الشرعى، و إما أن يعم جميع المكلفين على نحو الوجوب الكفائى و لم يختص بالوصى. و إن قلنا بولاية الوصى على الصغير، أمكن استصحاب الولاية الى ما بعد البلوغ إذا بلغ فاسد العقل. و بالجملة: لما لم يكن دليل على ولاية الوصى على تزويج المجنون كان المرجع فيها القواعد العامة. و مقتضاها ما ذكرنا.

و من ذلک يظهر الإشكال فى إطلاق المجنون فى المتن، و كان اللازم الاقتصار على من بلغ مجنوناً، كما هو المذكور فى كلام الأصحاب. و مثله ما فى بعض الحواشى من تقييده بالجنون المتصل بالصغر، مع الاشكال منه فى ولاية الوصى على الصبى. فلاحظ.

(۱) كما جعله الأقوى فى الجواهر، و حكاه عن المبسوط، و الخلاف، و الجامع و غاية المراد، و موضع من المختلف، و الكركى. لقوله تعالى:

(وَ يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) «۱»، و من المعلوم أن التزويج مع المصلحة إصلاح. إلا أن يقال: الكلام فى المقام فى القدرة على هذا الإصلاح، و الآية الشريفة ليست فى مقام تشريع القدرة، بل

---

(۱) البقرة: ۲۲۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۳

.....

فى مقام الحث على المقدور. مع أنها لو تمت لم تختص بالوصى، بل تعم غيره من الأقارب و الأجانب.

و لقوله تعالى (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) «۱» و دعوى: انسباق خصوص الإيصاء بالمعروف للوالدين، بقرينة كون ما قبلها قوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَکَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ). مدفوعة: بأن الاستدلال به فى النصوص الكثيرة على وجوب العمل بالوصية يدل على عدما لاختصاص بالمورد. و لو سلم

كفت تلك النصوص فى الدلالة على لزوم العمل بالوصية.

اللهم إلاـ أن يقال: المنصرف من الآية الإيصاء بما ترك، لاـ بما يتعلق بغيره نفساً أو مالًا فإنه خارج عن منصرف الآية. و كذلك الروايات المستدل فيها بالآية على وجوب العمل بالوصية

«۲» كلها واردة فى خصوص الوصية بماله. مضافاً الى إمكان دعوى كونه من الجنف المتعلق بالغير، إذ لاـ فرق بين الإيصاء بتزويج صغيره و بتزويج غيره من الأجانب فى دخوله تحت قوله تعالى (فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلٰا إِثْمَ عَلَيْهِ) «۳»، ففى صحيح أبى أيوب عن محمد بن سوقه قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تبارك و تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ ..) قال (ع): نسختها الآية التى بعدها قوله عز و جل: (فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ ..) قال: يعنى:

الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فَلٰا إِثْمَ عَلَيْهِ ..» «۴».

و كما لا تصح الوصية

---

(۱) البقرة: ۱۸۱.

(۲) راجع الوسائل باب: ۳۲ من أبواب الوصايا.

(۳) البقرة: ۱۸۲.

(۴) الوسائل باب: ۳۸ من أبواب الوصايا حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۴

.....

بالتزويج بالنسبة إلى أخيه و ابن أخيه لا تصح بالنسبة الصغير، لصدق الجنف. و هو العدوان.

و

لصحيح أبى بصير، و محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ. قال: هو الأب، و الأخ، و الرجل يوصى اليه، و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشترى، فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر إذا عفا عنه» «۱»

، و نحوه ما رواه فى الكافى عن الحلبى فى الصحيح أو الحسن

«۲»، و ما رواه فى الكافى و الفقيه فى الصحيح عن الحلبى و أبى بصير و سماعة عن أبى عبد الله (ع)

«۳»، و ما رواه فى التهذيب عن أبى بصير فى الحسن عن أبى عبد الله (ع)

«۴»، و ما رواه فى التهذيب أيضا عن أبى بصير و محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبى جعفر (ع)

«۵». لكن ذكر الأخر فى تلك النصوص مما يستوجب القصور فى الدلالة، لاحتمال إرادة الوكيل من الأخر و الموصى إليه، لا مطلقاً، فيختص بالكبيرة و ما فى الجواهر من أن الاشتمال على ذكر الأخ لا يسقط النص عن الحجية فى غيره. غير ظاهر فى مثل المقام مما يكون بين الطرفين نحو ارتباط فى الدلالة. نعم يتم مع الاستقلال فى الدلالة فى كل من

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النكاح حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب المهور ملحق حديث: ۱، الكافى الجزء: ۶ الصفحة: ۱۰۶ طبعة إيران الحديثة.

(۳) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب المهور الملحق الثانى لحديث: ۱. لكن رواه عن التهذيب فقط. حديث: ۱ و ملحقة الأول و الثالث، الكافى الجزء: ۶، الصفحة: ۱۰۶، الطبعة الحديثة، الفقيه الجزء: ۳ الصفحة: ۳۲۷ الطبعة الحديثة

(۴) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النكاح حديث: ۴، التهذيب الجزء: ۷ الصفحة، ۳۹۳ طبعة النجف الحديثة. لكن فى سنده إرسال.

(۵) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النكاح حديث: ۵، التهذيب الجزء: ۷ الصفحة: ۴۸۴ طبعة النجف الحديثة. هذا هو الحديث الذى ذكره أولا فعده حديثا مستقلا لا وجه له.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۵

.....

الطرفين، لا أقل من وجوب الحمل على غير الظاهر بقرينة

صحيح ابن بزيع: «سأله رجل عن رجل مات و ترک أخوين و ابنة، و البنت صـغيرة، فعمد أحد الأخوين الوصـى فزوج البنة من ابنه ثمَّ مات أب الابن المزوج، فلما أن مات قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه، فزوج الجارية من ابنه.

فقيل للجارية: أى الزوجين أحب إليک الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر.

ثمَّ إن الأـخ الثانى مات و للأخ الأول ابن أكبر من ابن المزوج، فقال للجاريـة: اختارى أيهما أحب إليک الزوج الأول أو الزوج الآخر. فقال (ع):

الرواية فيها أنها للزوج الأخير. و ذلک أنها قد كانت أدركت حين زوجها.

و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» «۱».

و نسبـة الصـحيح الى الآيـة الثانيـة نسبـة العـامين من وجه، يرجع فى مورد المعارضـة- و هو محل الكلام- إلى أصالـة العـدم. و ما فى الجواهر من كون الصـحيح مضـمراً لا يقدح فى الحجية. و كذلک النسبة إلى الرواية، المشعرة بالتقية. مع أن الاشعار ممنوع. و لو سلم فالأظهر أن تكون التقيـة فى خلاف الروايـة، لا فى مضـمون الرواية. و ما فى الجواهر أيضا من أن التعليل عليل. غير ظاهر، فان المفهوم من عقدته أن العقد كان بإمضائها، كما يشير قولها الأخير بعد أن سئلت عنهما. و كأنه حمله على كون العقد فضولياً، فلا ميز بينه و بين ما كان حال الصغر و لا مرجح له عليه و مثله

صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع): «فى الصبى يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال:

إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم» «۲»

، فان مفهومه نفى التوارث إذا كان المتولى للتزويـج غير الأب و إن كان هو الوصـى. و ليست الدلالـة من باب دلالة المفهوم فقط، بل من باب أن التفصيل قاطع للشركة.

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب عقد النكاح حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۶

لكن بشرط نص الموصى عليه (۱) سواء عين الزوجـة أو الزوج أو أطلق. و لا فرق بين أن يكون وصـياً من قبل الأب أو من قبل الجد، لكن بشرط عدم وجود الآخر (۲)، و إلا فالأمر إليه.

[(مسألة ۱۳): للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له]

(مسألة ۱۳): للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له (۳)

و نحوه صحيح الحذاء

الـدال على أنه إذا زوج الصـغير غير الأب توقف التوارث بعـد موت أحـدهما على بلوغ الآخر و إجازته. اللهم إلا أن يكون ذكر الأب من باب المثال للولى، بقرينة عموم الحكم للجد إجماعا، لا لنفى الولاية عن غير الأب.

(۱) قـد عرفت أن الأدلـة المتقدمـة على ولايـة الوصـى مختلفة المفاد، فالآية الأولى عامة لغير الوصـى من جميع المكلفين، و الروايات مختصـة بالوصـى، لكنها عامة للوصـى فى غير الإنكاح، و المختص بالوصـى فى الإنكاح خصوص الآية الثانية. فكأن الجماعة اعتمدوا عليهـا لا غير. و عن جماعـة: القول بالولايـة للوصـى مطلقاً. و كأنهم اعتمـدوا على النصوص الـذى قـد عرفت إشـكالها و الأقوى النفى مطلقاً كما هو المشهور، كما عرفت.

(۲) بلا خلاف و لا إشكال، كما يأتى فى كتاب الوصية إن شاء الله تعالى.

(۳) المشـهور أنه ليس للحاكم ولايـة النكاح على الصبى. و فى رسالة شـيخنا الأعظم (ره) أنه لا يبعد كونه إجماعياً. و علل بالأصل، و عدم الحاجة اليه. و الأول لا يعارض عموم الولاية، المستفاد من قوله (ع)

فى رواية أبى خديجة: «فإنى قد جعلته قاضياً» «۱».

بناء على أن التزويج مع الحاجة من مناصب القضاة و وظائفهم. و ما

عن النبى (ص): «السلطان ولى من لا ولى له» «۲»

و فى الجواهر: أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب صفات القاضى حديث: ۶.

(۲) كنز العمال الجزء: ۸ صفحة: ۴۰۰۳ السنن الكبرى البيهقى الجزء: ۷ حديث: ۱۲۵.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۷

.....

فى خصوص الموارد نحو غيرها من القواعـد. و الثانى ممنوع بنحو الكليـة، فقـد تكون الحاجـة اليه، و لا تختص الحاجة إليه بالوطء. و كأنه لذلك أفتى المصنف (ره) و اشترط الحاجة أو المصلحة الملزمة فى ثبوت الولاية.

و فى المسالـك بعـد أن ذكر دليـل المنع المتقـدم قال: «و لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعياً». و فى كشف اللثام قال: «و لا ولايـة له (يعنى:

للحاكم) على الصـغيرين للأصل، و عدم الحاجة فيهما. و فيه نظر ظاهر. فان اسـتند الفرق إلى الإجماع صح، و إلا أشـكل». و لأجل أنه لم يتضـح الإجماع على العـدم يتعين البناء على الثبوت مع الضـرورة و الحاجة الشديدة، من باب ولاية الحسـبة، التى مرجعها الى العلم بـأن الشـارع المقـدس يريـد التصـرف فى الجملـة، و القـدر المتيقن منه أن يكون من الحـاكم أو بـإذنه مع الإمكان، و إلا فمن غيره. و الظـاهر أنها من مناصب القضاة. كما أنها المقصودة من ولايـة السـلطان، يعنى: أن السـلطان ولى فى المورد الـذى لا بـد فيه من نصـب الولى و تصـرفه. و لعل تعليل الأصـحاب المنع فى الصبى بعـدم الحاجـة يقتضـى البناء منهم على الولايـة مع الحاجة، و ليس الفرق بين الصبى و المجنون إلا عدم الحاجة فى الأول غالباً و الحاجة فى الثانى غالباً، لا أمر آخر تعبدى. نعم قد يشكل الحكم بملاحظة مثل

صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبى جعفر (ع): «فى الصبى يتزوج الصبية يتوارثان؟ ..» «۱»

و نحوه صحيح الحذاء

«۲». و قد تقدم الإشـكال فى ذلك. و إلا فمن أبعد البعيد عدم صـحة العقد للصبى مع الضرورة، و يكون مستثنى من ولاية الحسبة. بل

لا تبعد نسبة الجواز إلى الأصحاب مع الحاجة الشديدة.

---

(۱) راجع أول الفصل.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۸

من الأب و الجد و الوصى، بشرط الحاجة اليه، أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة.

[(مسألة ۱۴): يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدها]

(مسألة ۱۴): يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدها (۱). و إن لم يكونا فتوكل أخاها (۲). و إن

و أما المجنون: فالظاهر أنه لا خلاف بينهم فى ولايـة الحاكم على تزويجه و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجمعاً عليه» و فى الحـدائق- بعـد أن ذكر ذلک- قال: «من غير إشـكال عندهم و لا خلاف». و قد نص على ذلک فى الشـرائع، و القواعد، و غيرهمـا، على نحو يظهر أنه من المسـلمات. و دليله ما تقـدم فى الصبى. و يتعين الاقتصار على الضـرورة و الحاجـة الشديـدة، التى هى مورد ولايـة الحسبة، على ما عرفت. و أما مع الحاجة فى الجملـة فلا دليل على ثبوت ولايـة الحاكم فى تزويجه. و قد عرفت أن القدر المتيقن من النبوى صورة لزوم التصـرف و الحاجة الى الولى، لا مطلقاً. و أما رواية أبى خديجة: فالاستدلال بها لا يخلو من تأمل، لعدم ثبوت كون التزويـج من منـاصب القضـاء و وظائف القضاة. و المتحصل مما ذكرناه: أن الصبى و المجنون إن كانت حاجـة ملزمـة الى تزويجهما فالحاكم الشرعى وليهما فى ذلک. و إلا فلا ولاية له على أحدهما.

و لا يكفى مجرد الحاجة فى الجملة فى ثبوت الولاية فى المقامين.

(۱) كما فى الشرائع، و القواعد، و غيرهما. لما تقدم من نصوص ولايتهما، فإنه بعد البناء على استقلالها بالولاية على نفسها يتعين حمل الأخبار المذكورة على الاستحباب.

(۲) كما فى الشـرائع، و القواعـد و غيرهما. لما تقدم من النصوص الدالة على أن الأخ ممن بيده عقدة النكاح، المحمولة على التوكيل. و كان المناسب حينئذ ذكر الوصى و غيره ممن ذكر فى الأخبار مع الأخ، للاشتراک فى الدليل.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۷۹

تعدد اختارت الأكبر (۱).

[(مسألة ۱۵): ورد فى الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها]

(مسألة ۱۵): ورد فى الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها (۲)،

---

(۱) كما فى القواعد. لأن الأخ الأكبر بمنزلة الأب، كما فى مرسل الحسن بن على عن الرضا (ع)

«۱». و يقتضيه

خبر الوليـد بن بيـاع الاسـقاط، قال: «سـئل أبو عبـد الله (ع)- و أنا عنـده- عن جاريـة كان لها أخوان، زوجها الأكبر بالكوفـة، و زوجها الأصغر بأرض أخرى.

قال (ع): الأول بها أولى، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهى امرأته و نكاحه جائز» «۲»

بناء علی أن المراد أن الأکبر أولی بإمضاء عقده، و استثناء دخول الثانی من جهة أن تمکین الثانی من الدخول إمضاء لعقد الأصغر، فلا مجال لإمضاء الأول.

(۲)

فی صحیح البزنطی قال: «قال أبو الحسن (ع) فی المرأة البکر: إذنها صماتها، و الثیب أمرها إلیها» «۳».

و

فی صحیح داود بن سرحان عن أبی عبد الله (ع): «فی رجل یرید أن یزوج أخته. قال (ع)، یؤامرها، فإن سکتت فهو إقرارها، و إن أبت لم یزوجها» «۴»

و نحوه مصحح الحلبی

«۵». و

فی خبر الضحاک بن مزاحم قال: «سمعت علی بن أبی طالب (ع) یقول، و ذکر حدیث تزویج فاطمة (ع) و أنه طلبها من رسول الله (ص)

.. الی أن قال.

فقام

(یعنی: رسول الله «ص»)

---

(۱) الوسائل باب: ۸ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۷ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۵ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۵ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۲.

(۵) الوسائل باب: ۴ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۸۰

و أفتی به العلماء (۱). لکنها محمولة علی ما إذا ظهر رضاها (۲) و کان سکوتها لحیائها عن النطق بذلک.

[(مسألة ۱۶): یشترط فی ولایة الأولیاء المذکورین البلوغ، و العقل، و الحریة، و الإسلام]

(مسألة ۱۶): یشترط فی ولایة الأولیاء المذکورین البلوغ، و العقل، و الحریة، و الإسلام إذا کان المولی علیه

و هو یقول: الله أکبر سکوتها إقرارها» «۱».

(۱) بل هو المشهور بین الأصحاب، بل الظاهر أنه لا خلاف فیه إلا من ابن إدریس، طرحا منه للأخبار، بناء علی أصله فی أخبار الآحاد.

نعم عن المبسوط: أنه احتاط فی استنطاقها.

(۲) قال فی الجواهر: «لا إشکال فی الاکتفاء بالسکوت الدال قطعا علی الرضا. و کذا السکوت المقرون بقرائن و لو ظنیة. بل و السکوت من حیث کونه سکوت بکر و إن لم تکن ثمة قرائن خارجیة. کما أنه لا إشکال فی عدم الاکتفاء به مع اقترانه بقرائن تدل علی عدم الرضا. بل لعل المتجه ذلک أیضاً فی المقترن بقرائن ظنیة تدل علی ذلک أیضاً. بل لا یبعد ذلک فیما إذا تعارضت فیه

الامارات على وجه لم يحصل الظن بدلالته على الرضا و لو من حيث كونه سكوت بكر. و احتمال القول بحجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً، تمسكاً بإطلاق النص. ضعيف».

فالصور- على ما ذكر- ست، الثلاث الأول منها يكون السكوت حجة فيها، دون الثلاث الأخيرة. و ظاهر المصنف (ره) اختصاص الحجية بالصورتين الأولتين. و مقتضى إطلاق النصوص اللفظى عموم الحجية لجميع الصور عدا الصورة الرابعة و استضعفه فى الجواهر، لأنه خلاف منصرف النصوص. و هو فى محله.

لكن لما كان السكوت من الامارات العرفية يتعين حمل الحجية على

---

(۱) الوسائل باب: ۵ من أبواب عقد النكاح حديث: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۱

مسلماً. فلا ولاية للصغير و الصغيرة على مملوكهما (۱)، من عبد أو أمة، بل الولاية حينئذ لوليهما (۲). و كذا مع فساد عقلهما، بجنون، أو إغماء، أو نحوه (۳). و كذا لا ولاية للأب و الجد مع جنونهما و نحوه (۴).

أن تكون إمضاء لما عند العرف، و هى تختص بالصورتين الأولتين، و لا تشمل الثانية. و بالجملة: بعد أن كان احتمال كون السكوت بمنزلة الرضا موضوعاً للصحة واقعاً، خلاف الظاهر جداً، و تعين كونه موضوعاً للحكم الظاهرى- أعنى: الحجية- يدور الأمر بين أن تكون الحجية إمضاء لما عند العرف، و أن تكون تأسيساً فى مقابل ما عند العرف، و الأول أظهر، فإنه المنصرف من الخطاب، فتختص الحجية بالصورتين الأولتين فقط، كما هو ظاهر المتن، فهو المتعين. فان لم يتم ذلك تعين البناء على ما حكاه فى الجواهر و استضعفه، من كون الحجية عامة لجميع الصور عدا صورة العلم بالخلاف، أخذاً بالإطلاق اللفظى. فما فى الجواهر أضعف الوجوه.

(۱) إجماعاً، كسائر أموالهما.

(۲) كسائر أموالهما.

(۳) الظاهر أن هذه العبارة زائدة، وقعت سهواً، فان الجنون مانع من الولاية فى مقابل الصغر، يعنى: يكون مانعاً فى الكبير، لا فى الصغير.

(۴) بلا خلاف و لا إشكال. و علل بالقصور عن الولاية، لأن اختلال العقل يوجب قصور النظر و الرأى، و قوام الولاية بذلك. لكن يشكل الأمر فى الإغماء، فإنه يشبه النوم فى أنه يقتضى القصور فى العمل، لا فى الرأى، فاذاً العمدة فيه الإجماع.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۲

و إن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر (۱). و كذا لا ولاية للمملوك (۲) و لو مبعضاً (۳) على ولده، حراً كان أو عبداً. بل الولاية فى الأول للحاكم (۴)، و فى الثانى لمولاه (۵) و كذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (۶).

---

(۱) لأن الجنون إنما يمنع الولاية عن المجنون، لا عن غيره، فعموم دليل الولاية بالنسبة إليه محكم.

(۲) بلا خلاف و لا إشكال، كما فى الجواهر. و يقتضيه ما دل على نفيها عن نفسه، مثل قوله تعالى (لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ)* «۱». لكن يظهر من عبارة المختلف ثبوت ولايته، قال: «و أما العبد: فالأقوى صحة ولايته، لأنه بالغ رشيد، فأشبه الحر. و كونه مولى عليه لا ينافى ولايته». و ضعفه مما ذكرنا ظاهر.

(۳) بلا خلاف و لا إشكال، كما فى الجواهر، و ظاهر غيره. و هو العمدة، و إلا فدليل نفى قدرة العبد على شيء، لا يشمل المبعض.

(۴) لما سبق من أنه ولى من لا ولى له.

(۵) لما سبق من قاعدة السلطنة.

(۶) إجماعاً، کما فی المسالک، و کشف اللثام، و الجواهر. و فی الحدائق:

«الظاهر أنه لا خلاف بین الأصحاب فیه». ثمَّ ادعی الإجماع علی ذلک بالنسبة إلی الولد المسلم. و قد استدل له بقوله تعالی (وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا) «۲». و

قوله (ص) «الإسلام یعلو و لا یعلی علیه» «۳».

و قوله تعالی (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ) «۴»

---

(۱) النحل: ۷۵.

(۲) النساء: ۱۴۱.

(۳) غوالی اللئالی: الفصل التاسع من المقدمة، صحیح البخاری الجزء: ۲ کتاب الجنائز باب:

إذا أسلم الصبی فمات هل یصلی علیه، کتاب الشهاب فی الحکم و الآداب القضائی الصفحة: ۵.

(۴) التوبة: ۷۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۸۳

فتکون للجد إذا کان مسلماً (۱)، و للحاکم إذا کان کافراً أیضاً (۲). و الأقوی ثبوت ولایته علی ولده الکافر (۳).

و لا یخلو الاستدلال من المناقشة، فإن الولایة فی الآیة الثانیة یراد بها غیر ما نحن فیه، بقرینة العموم للکبیر و الصغیر و ظهورها فی ثبوت الولایة من الطرفین، و مثله قوله تعالی (وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ) «۱».

و کذا العلو فی النبوی یراد منه الظهور، فهو نظیر قوله تعالی (لِیُظْهِرَهُ عَلَی الدِّینِ کُلِّهِ)* «۲». و أما الآیة الأولی فبقرینة سیاق ما قبلها، و هو قوله تعالی (فَاللّهُ یَحْکُمُ بَیْنَهُمْ یَوْمَ الْقِیامَةِ)، و وجود حرف الاستقبال فیها، یکون الظاهر منها الجعل التکوینی فیما یتعلق بأمور الآخرة، لا الجعل التشریعی لتکون مما نحن فیه. مضافا الی إمکان انصراف السبیل علیه عما کان لمصلحته و خدمته، فلاحظ.

(۱) کما نص علی ذلک فی الشرائع، و القواعد. و یظهر من شراحهما:

أنه من المسلمات. لعموم دلیل الولایة، المقتصر فی الخروج عنه علی المتیقن.

(۲) لما سبق.

(۳) کما صرح به فی القواعد، و غیرها. لعموم الأدلة. لکن مقتضی إطلاق ما فی الشرائع من قوله: «إذا کان الولی کافراً فلا ولایة له» انتفاء ولایة الکافر حتی علی الولد الکافر. و نحوه حکی عن التحریر. و رده فی الجواهر بقوله تعالی (وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ). و قد عرفت الإشکال فی الآیة المذکورة، و أنها لیست فیما نحن فیه. فالعمدة فی الاشکال علیه مخالفته لإطلاق دلیل الولایة من غیر وجه ظاهر. و ما أبعد ما بینه و بین ما عن المبسوط من أن ولی الکافر لا یکون إلا کافراً، فلو کان له

---

(۱) الأنفال: ۷۳.

(۲) التوبة: ۳۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۸۴

و لا یصح تزویج الولی فی حال إحرامه (۱)، أو إحرام المولی علیه، سواء کان بمباشرته، أو بالتوکیل (۲). نعم لا بأس

ولیان مسلم و کافر فالولایة للکافر. و هو غریب. و أغرب منه التمسک له بقوله تعالی (وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ)*. إذ هو فی غیر ما نحن فیه قطعاً، کما تقدم.

(۱) بلا- خلاف و لا- إشکال فیه و فیما بعده. فان المحرم لا یصح العقد منه له و لا لغیره. و فی الجواهر: «الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض إن لم یکن متواتراً». و

فی صحیح عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله (ع): «قال لیس للمحرم أن یتزوج و لا یزوج. و إن تزوج أو زوج محلا فتزویجه باطل» «۱».

و نحوه غیره.

(۲) کما نص علی ذلک فی الجواهر فی الفرع الثانی من مبحث تحریم النساء علی المحرم. و یظهر منه أنه مفروغ عنه عندهم. لإطلاق النص الشامل للثانی شموله للأول، لأن الوکیل نائب عن الموکل، ففعله فعله. فاذا وکل الولی و هو محرم محلا علی تزویج المولی علیه المحل، ففعل الوکیل ذلک حال إحرام الولی، صدق أنه زوج المولی علیه و هو محرم. و کذا لو وکل الولی حال إحلاله محلا علی تزویج المولی علیه المحل، ففعل الوکیل ذلک حال إحرام الولی، فإنه یصدق أنه زوجه و هو محرم. لأن فعل الوکیل إذا کان فعلا- للموکل صدق أن الموکل المحرم زوج المولی علیه، و ان کان التوکیل سابقاً علی الإحرام. اللهم إلا أن یقال: إن الظاهر من قولهم (ع):

«إن المحرم لا یزوج»

«۲»: المنع من أن یصدر منه حال الإحرام ما یوجب التزویج، و التزویج فی الفرض لیس صادراً من الولی حال الإحرام. و مجرد

---

(۱) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب تروک الإحرام حدیث: ۱.

(۲) یوجد هذا المضمون فی أحادیث باب: ۱۴ من أبواب تروک الإحرام من الوسائل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۸۵

بالتوکیل حال الإحرام لیوقع العقد بعد الإحلال (۱).

[(مسألة ۱۷): یجب علی الوکیل فی التزویج أن لا یتعدی عما عینه الموکل]

(مسألة ۱۷): یجب علی الوکیل فی التزویج أن لا یتعدی عما عینه الموکل من حیث الشخص، و المهر، و سائر الخصوصیات. و إلا کان فضولیاً (۲) وقوفاً علی الإجازة.

و مع الإطلاق و عدم التعیین یجب مراعاة مصلحة الموکل (۳) من سائر الجهات. و مع التعدی یصیر فضولیاً (۴). و لو وکلت المرأة رجلًا فی تزویجها لا یجوز له أن یزوجها من نفسه (۵). للانصراف عنه. نعم لو کان التوکیل علی وجه

صحة النسبة إلیه أعم من ذلک. و لا- یجیء ذلک فیما لو وکل فی تزویج نفسه، ثمَّ أحرم فزوجه الوکیل حال الإحرام، للفرق بین المصدر و حاصل المصدر. فلاحظ. فالمنع فی الولی یختص بما إذا کان التوکیل حال الإحرام و العقد کذلک. إلا أن یقوم إجماع علی خلافه.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقى؛ ج۱۴، ص: ۴۸۵

(۱) لإطلاق الأدلة من غیر معارض.

(۲) بلا خلاف و لا إشکال. لعدم شمول الاذن للعقد الواقع، فلا یصح بدون الإجازة، لقاعدة السلطنة.

(۳) کما فی سائر موارد الوکالة، من غیر خلاف بینهم فی ذلک، کما یظهر من مراجعة کلماتهم فی مبحث الوکالة. و یقتضیه منصرف التوکیل، الذی هو استنابة فی التصرف لمصلحة الموکل.

(۴) لعدم الاذن فی التصرف، فلا یصح بدون الإجازة، کما تقدم.

(۵) کما نص على ذلک فی الشرائع، و القواعد، و غیرهما. و فی المسالک:

أنه لا خلاف فی أنه لا یجوز له تزویجها من نفسه مع تعیین الزوج، و مع الإطلاق. و حکی عن التذکرة احتمال جواز أن یزوجها من نفسه مع الإطلاق،

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۶

یشمل نفسه أیضاً بالعموم، أو إطلاق (۱) جاز. و مع التصریح فأولى بالجواز. و لکن ربما یقال: بعدم الجواز مع الإطلاق، و الجواز مع العموم. بل قد یقال: بعدمه حتى مع التصریح بتزویجها من نفسه (۲)، لروایة عمار (۳)، المحمولة

معللًا بإطلاق الاذن. و علل المصنف المنع- تبعا للمشهور- بالانصراف.

(۱) یعنی: کان الإطلاق مقروناً بما یمنع الانصراف عن نفسه.

و إلا فالانصراف مانع عن العمل بالإطلاق. لکن الإنصاف: أن الانصراف الى غیره بدوی، ناش من تغایر الفاعل و المفعول غالباً، فلا یعتد به فی رفع الید عن الإطلاق. نعم إذا کان موضوع الوکالة من الأفعال الخارجیة القائمة بین الاثنین- کما إذا أعطاه مالا فقال له: أعطه الفقیر، أو اکس الفقیر، أو أشبع الفقیر، أو نحو ذلک من الافعال- اقتضى التغایر و الانصراف الى غیره. أما إذا کان من الأمور الاعتباریة- مثل: بعه، و ملکه، و زوجه، و أمثال ذلک- فالانصراف بدوی، لا یمنع من الأخذ بالإطلاق.

(۲) قال فی الشرائع: «و لو وکلته فی تزویجها منه قیل: لا یصح لروایة عمار

. و لأنه یلزم أن یکون موجباً قابلًا. و الجواز أشبه». و یظهر من کشف اللثام: أنه المشهور، فإنه نسب الجواز الى أبی علی و المحقق لا غیر.

(۳)

رواها الشیخ عن محمد بن علی بن محبوب عن أحمد بن الحسن عن عمرو بن سعید عن مصدق بن صدقة عن عمار الساباطی قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة تکون فی أهل بیت، فتکره أن یعلم بها أهل بیتها، أ یحل لها أن توکل رجلًا یرید أن یتزوجها، تقول له: قد وکلتک فأشهد على تزویجی؟ قال (ع): لا. قلت: جعلت فداک و إن کانت أیماً؟ قال: و إن کانت أیماً. قلت: فان وکلت غیره بتزویجها منه؟

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۷

على الکراهة، أو غیرها من المحامل (۱).

[(مسألة ۱۸): الأقوى صحة النکاح الواقع فضولا مع الإجازة]

(مسألة ۱۸): الأقوى صحة النکاح الواقع فضولا مع الإجازة (۲)، سواء کان فضولیاً من أحد الطرفین،

قال (ع): نعم» «۱».

(۱) قال فی المسالک: «و الروایة ضعیفة السند، قاصرة الدلالة، لجواز کون المنفی هو قولها:

«و کلتک فأشهد»

، فإن مجرد الاشهاد غیر کاف. فالجواز أقوى». و المراد من قصور السند عدم الصحة. لکنها من الموثق، و هو حجة کالصحیح. و احتمال کون المنفی قولها:

«و کلتک فأشهد»

بعید، بل الواضح کونه راجعاً الى الحل، کما یظهر أیضاً من قرینة السیاق مع ما بعده، مع أن کون مجرد الاشهاد غیر کاف، غیر ظاهر، لأن الإشهاد لا بد أن یکون مع وجود المشهود به، و معه لا بد أن یکون عدم الکفایة لعدم الصحة. و بالجملة: لا قصور فی سند الروایة، و لا فی دلالتها. نعم هی مخالفة للقواعد. لکنها غیر قادحة ضرورة.

(۲) على الأظهر، کما فی الشرائع. و فی الجواهر: «الأشهر، بل المشهور شهرة عظیمة بین القدماء و المتأخرین، بل فی الناصریات الإجماع علیه، و فی محکی السرائر: نفی الخلاف عنه فی غیر تزویج العبد نفسه و الأمة نفسها بغیر إذن المولى، بل فیه الإجماع على ذلک، بل فیه- مضافا الى ذلک- دعوى تواتر الأخبار به. بل من أنکر الفضولی فی غیر النکاح أثبته هنا، للإجماع، و النصوص».

و یشهد له العمومات الدالة على صحة العقود و نفوذها، مثل قوله تعالى (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۲»، فان العقد المجاز داخل

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب عقد النکاح حدیث: ۴.

(۲) المائدة: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۸

.....

فی عموم العقود، فیجب الوفاء به. و تقریب ذلک: أن العقود فی الآیة الشریفة یحتمل بدواً أموراً ثلاثة: (الأول): مطلق العقود، و یکون عقد غیر من له السلطنة على العقد بدون الاذن من السلطان و الإجازة خارجاً بالإجماع. و هذا الاحتمال یظهر من کلام شیخنا الأعظم (ره) فی مکاسبه. و فیه: أن الوفاء المذکور فی الآیة الشریفة یتوقف على تحقق الالتزام بالعقد، فاذا لم یکن إذن من المالک لا سابقاً و لا لاحقاً، لا یکون مورداً للوفاء و لا موضوعاً له. (الثانی): العقد الصادر من السلطان، و یکون دخول عقد الوکیل و المأذون بالإجماع، و یکون العقد المجاز خارجاً عنه. و هذا الاحتمال قد یظهر من الشهید فی غایة المراد. و لکنه خلاف الإطلاق. (الثالث): العقد المنسوب الى السلطان و إن لم یکن بلحاظ الصدور، فیدخل فیه عقد الوکیل و المأذون، و یتبعه العقد المجاز، لاتحاد جهة النسبة. و هذا هو الأظهر. و حینئذ یراد بالعقود: العقود المنسوبة الى من له السلطنة علیها، سواء کان وجه النسبة الصدور، أم الالتزام به بالإذن أو التوکیل أو الإجازة، لأن الجمیع على نحو واحد. و حینئذ یکون وجوب الوفاء دالًا على الصحة و النفوذ، فإنه إرشادی الى ذلک، لا تکلیفی، و إلا لزم تعدد المخالفة و المعصیة عند ترک الوفاء، و هو خلاف المقطوع به.

هذا و یدل على القول المذکور أیضاً جملة من النصوص، بعضها وارد فی الحر،

کخبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «انه سأله عن رجل زوجته أمه و هو غائب قال (ع): النکاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترک» «۱»

، و بعضها وارد فی الرق،

كمصحح زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده.

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۸۹

.....

فقال (ع): ذاک الى سيده إن شاء أجازه، و إن شاء فرق بينهما. قلت:

أصلحک الله إن الحكم بن عيينة و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل إجازة السيد له. فقال أبو جعفر (ع):

إنه لم يعص الله تعالى، إنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جائز» «١».

و

صحيح معاوية بن وهب قال: «جاء رجل الى أبى عبد الله (ع) فقال:

إنى كنت مملوكا لقوم، و إنى تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالى، ثمَّ أعتقونى بعد ذلک، فأجدد نكاحى إياها حين أعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا أنک تزوجت امرأة و أنت مملوک لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عنى و لم يغيروا على. فقال (ع): سكوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم.

أثبت على نكاحک الأول» «٢».

و نحوهما غيرهما.

و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط: البطلان. و عن فخر الإسلام:

موافقته. و استدل له بجملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير إذن الولى أو المولى،

كرواية أبى العباس البقباق: «قلت لأبى عبد الله (ع):

يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها. قال: هو زنا، إن الله تعالى يقول:

(فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ) «٣»» «۴».

و نحوه غيره. و بأن العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة، و هى منتفية فى محل النزاع. و عن فخر الإسلام:

الاستدلال له بأن العقد سبب الإباحة، فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليه. و بأن رضا المعقود عليه أو وليه شرط، و الشرط متقدم.

و فيه: أن الظاهر من النصوص السؤال عن صحة العقد بدون الاذن و لا الإجازة، فلا تشمل صورة وقوع الإجازة. و لو سلم عمومها لذلک يتعين

---

(١) الوسائل باب: ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٣) النساء: ٢۵.

(۴) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۹۰

أو کلیهما، کان المعقود له صغیراً أو کبیراً، حراً أو عبداً.

و المراد بالفضولی: العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل (۱)، سواء کان قریباً- کالأخ، و العم، و الخال، و غیرهم- أو أجنبیاً. و کذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغیر إذن الولی.

و منه العقد الصادر (۲) من الولی أو الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه من الله، أو من الموکل. کما إذا أوقع الولی العقد

حملها علی ذلک، جمعاً بینها و بین غیرها مما عرفت. و أما ما ذکر أخیراً:

فالإشکال علیه أظهر، فإن دعوی نفی الأدلة علی الصحة مصادرة. مضافاً الی ما عرفت من الأدلة. و مثله ما ذکره أولًا فخر الإسلام. و أما ما ذکره أخیراً: ففیه أن کون الشرط متقدماً لا یقتضی البطلان، فان المشروط هو الحکم بالصحة، و هو متأخر. و مثله القبض فی الصرف. و السلم، و الهبة.

(۱) الفضولی: هو العاقد الذی لا سلطان له علی العقد حین العقد، کما حکی عن الشهید، فیقال: «عقد الفضولی»، و تکون الإضافة بمعنی اللام. و قد یطلق علی نفس العقد، فیقال: «العقد الفضولی» أو «عقد الفضول» من باب إضافة الموصوف إلی الصفة. و لعله تسامح، کما فی کلام شیخنا الأعظم (ره).

(۲) المشهور عدم الفرق فی صحة الفضولی بین الأفراد المذکورة.

و عن ابن حمزة: اختصاصه بتسعة. مواضع: عقد البکر الرشیدة علی نفسها مع حضور ولیها، و عقد الأبوین علی الابن الصغیر، و عقد الجد مع عدم الأب، و عقد الأخ و الأم و العم علی صبیته، و تزویج الرجل عبد غیره بغیر إذن سیده، و تزویجه من نفسه بغیر إذن سیده، لأن هذه التسعة مورد الأدلة، و التعدی من موردها الی غیره لا دلیل علیه، و الأصل عدم ترتب الأثر. و فیه: أنه لا فرق بین التسعة و غیرها فی شمول العمومات المقتضیة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۱

علی خلاف المصلحة، أو تعدی الوکیل عما عینه الموکل. و لا یعتبر فی الإجازة الفوریة (۱)، سواء کان التأخیر من جهة الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به و إرادة التروی، أو عدمها أیضاً. نعم لا تصح الإجازة بعد الرد (۲).

للصحة. مع إمکان التعدی عرفاً عن مورد النصوص الی غیره، لفهم عدم الخصوصیة عرفاً.

(۱) کما هو المعروف. و یقتضیه إطلاق الأدلة المتقدمة عمومها و خصوصها، و خصوص صحیحة محمد بن قیس الواردة فی البیع، فیتعدی منه الی المقام بعدم الفصل. فقد

روی عن أبی جعفر الباقر (علیه السلام): «قال: قضی أمیر المؤمنین (ع) فی ولیدة باعها ابن سیدها و أبوه غائب، فاستولدها الذی اشتراها، فولدت منه، فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر، فقال:

ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی. فقال (ع): الحکم أن یأخذ ولیدته و ابنها.

فناشده الذی اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذی باعک الولیدة حتی ینفذ البیع لک، فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابنی، قال: لا و الله لا أرسل ابنک حتی ترسل ابنی، فلما رأی ذلک سید الولیدة أجاز بیع ابنه» «۱».

و إذا لزم الضرر علی الطرف الآخر من تأخیر الإجازة أمکن رفعه بقاعدة نفی الضرر، بتشریع الفسخ، بناء علی صلاحیة القاعدة لذلک، علی ما ذکروه فی مبحث خیار الغبن. و لا ینافی ذلک ما دل علی نفی الخیار فی النکاح، فإن قاعدة الضرر لو جرت تکون حاکمة علیه.

(۲) علی المعروف بینهم، بل فی کلام شیخنا الأعظم دعوی ظهور الإجماع علیه، بل عن بعض مشایخه دعواه صریحاً. و استدل له بأن

الإجازة بمنزلة القبول فکما یقدح رد القابل قبل القبول فی صدق العقد کذلک الرد

---

(۱) الوسائل باب: ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱، منقولة بالمعنی.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۲

کما لا یجوز الرد بعد الإجازة (۱)، فمعها یلزم العقد (۲).

قبل الإجازة. و بأن مقتضی سلطنة المالک علی ماله قطع علقه الطرف الآخر عن ماله.

و فی کل من الوجهین تأمل و نظر. و أما فی الأول: فلعدم الدلیل علی ثبوت الحکم فی المقاس علیه، فضلا عن المقاس. مع وضوح الفرق بین المقامین بتمامیة العقد فی الثانی، غایة الأمر أنه محتاج إلی إضافته إلی المالک، و هی حاصلة بالإجازة و إن کانت بعد الرد، بخلاف الأول، لإمکان دعوی کون الرد المتخلل بین الإیجاب و القبول مانعاً من الالتئام بینهما علی نحو یکونان عقداً.

و أما فی الثانی: فلأن عقد الفضولی لیس تصرفاً فی موضوعه حتی لا یکون تحت سلطان غیر من له السلطان، فلا یوجب علقة لغیر من له السلطان. و لو أوجب ذلک فرضاً علی خلاف قاعدة السلطنة، فلا تصلح قاعدة السلطنة لقطعها، للشک فی مشروعیة ذلک، و قاعدة السلطنة لا تصلح للتشریع. و بالجملة: مقتضی قاعدة السلطنة عدم نفوذ العقد، لا عدم صحته التأهلیة، بحیث لو انضمت إلیه الإجازة ممن له السلطنة لترتب علیه الأثر. و لو سلم کان مقتضی القاعدة عدم الصحة التأهلیة، الراجع الی بطلان عقد الفضولی، لا رفع الصحة التأهلیة بعد ثبوتها.

و لذا کان من الواضح أن مقتضاها عدم صحة تصرف غیر السلطان، لا إبطال التصرف بعد صحته من غیر السلطان. فإذاً العمدة الإجماع المتقدم. و یعضده الإجماع علی صحة إنشاء الرد بقول: «فسخت»، فان ذلک إجماع منهم علی انحلال العقد به، کانحلال العقد الجائز به، إذ لو لا ذلک لا معنی لإنشاء الفسخ به.

(۱) إجماعاً، لصحة العقد بالإجازة، و لا دلیل علی بطلانه بالرد.

(۲) لأصالة اللزوم.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۳

[(مسألة ۱۹): لا یشترط فی الإجازة لفظ خاص]

(مسألة ۱۹): لا یشترط فی الإجازة لفظ خاص.

بل تقع بکل ما دل علی إنشاء الرضاء بذلک العقد (۱)، بل تقع بالفعل الدال علیه (۲).

[(مسألة ۲۰): یشترط فی المجیز علمه]

(مسألة ۲۰): یشترط فی المجیز علمه بأن له أن لا یلتزم بذلک العقد، فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکف فی الإجازة (۳). نعم لو اعتقد لزوم الإجازة علیه

---

(۱) کما یقتضیه إطلاق أدلة الصحة.

(۲) و عن صریح جماعة و ظاهر آخرین: اعتبار اللفظ فی إجازة عقد الفضولی فی البیع لأن الإجازة کالبیع فی استقرار الملک. و لأن الاستقراء فی النواقل الاختیاریة اللازمة- کالبیع و شبهه- یقتضی اعتبار اللفظ.

و هـذان الوجهان یمکن إجراؤهما فی المقام، فیقال: الإجازة کعقـد النکاح الـذی لا یصح بالفعل و لأن الاسـتقراء فی العقود اللازمة- کالبیع و التزویـج و نحوهما- یقتضـی اعتبار اللفظ. لکن الأول مصادرة. و الاسـتقراء لیس بحجة، و لا سـیما فی مقابل العمومات الدالة علی الصحة حتی بالإجازة الفعلیة.

و خصوص صحیحة معاویة بن وهب المتقدمة فی أدلة صحة الفضولی

«۱». فالعمل بها متعین. و لذا حکی عن تصریح العلامة بأن تمکین الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا إجازة للعقد.

(۳) کما فی المستند، لعدم الصدق، و لاستصحاب الخیار. انتهی.

و الظاهر منه إرادة عـدم صـدق الإجازة. لأن مجرد الرضا بالعقـد علی الحال المذکورة لا یکون إجازة. و فیه: أنه یمکن فرض الإجازة منه و إن علم بعـدم الحاجـة إلیها لترتب الأثر. کما لو قال: «أجزت ما وقع و رضـیت به». فالعمـدة حینئذ أن مثل هذه الإجازة لیس مما تقتضیه قاعدة السلطنة،

---

(۱) راجع المسألة: ۱۸ من هذا الفصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۴

بعد العلم بعدم لزوم العقد، فأجاز، فإن کان علی وجه التقیید لم یکف (۱). و إن کان علی وجه الداعی یکون کافیاً.

[(مسألة ۲۱): الإجازة کاشفة عن صحة العقد من حین وقوعه]

(مسألة ۲۱): الإجازة کاشفة عن صحة العقد من حین وقوعه (۲)، فیجب ترتیب الآثار من حینه.

لأنها تقتضـی السـلطنة علی الوجود بعـد العـدم، و المفروض أن المجیز یری تحقق الوجود بعـد العـدم، فلیس فی مقام إعمال قدرته و سلطنته علی ذلک.

نظیر الرضا بما قسم الله تعالی له، فإنه غیر إیجاد ما قسم له. و ربما یکون فی صحیحة ابن بزیع المتقدمة فی عقد السکری

«۱» ما ینافی ذلک. لکن العمل بالروایة محل تأمل، کما تقدم. فراجع.

(۱) لعدم تحقق القصد الی المقید بعد فرض انتفاء القید.

(۲) قد اختلف القائلون بصـحة عقد الفضولی فی البیع فی أن الإجازة ناقلة- بمعنی: أنها تقتضـی ترتب الأثر من حینها- أو کاشـفة عن ترتب الأثر من حین العقد، إما لکون العقد تمام السـبب المؤثر- کما یقتضیه ما عن جامع المقاصد و غیره من الاستدلال علی الکشف بـأن العقـد سـبب تام فی الملک، لعموم قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۲»- أو لکون شـرط تأثیر العقـد هو الرضا التقدیری الحاصل حال العقد- کما هو ظاهر بعض المحققین فی إجازته- أو لکون الشرط هو الوصف الانتزاعی، و هو تعقب الإجازة للعقد- کما نسبه شیخنا الأعظم إلی جماعة من معاصـریه- أو لأن الشـرط هو نفس الإجازة المتأخرة، و لا مانع من تأخر الشرط فی العلل الشرعیة- کما اختاره فی الجواهر- لأن الشرط فی العلل الشرعیة یراد منه ما یکون قیداً لموضوع الحکم، لا ما له دخل فی سبب الحکم و علته،

---

(۱) راجع صفحة: ۳۸۷.

(۲) المائدة: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۵

.....

فإن الحكم لما كان فعلا اختيارياً للحاكم، كانت علته الإرادة لا غير، و الشرط الشرعى لا دخل له فى تأثير العلة، و إنما دخله باعتبار أن وجوده العلمى و تصوره دخيل فى ترجح الوجود على العدم. الموجب لتعلق الإرادة به، و ليس لوجوده الخارجى دخل فى الحكم أصلا، فشرطية الإجازة فى المقام بهذا المعنى، لا ـ بمعنى أن لها الدخل فى الوجود، و فى ترتب المعلول على العلة، كما هو معنى الشرط فى العلل العقلية أو لكون الإجازة موجبة لحكم الشارع من حين الإجازة بحصول المضمون حقيقة من حين العقد.

على وجه الانقلاب، المعبر عنه بالكشف الانقلابى- كما اختاره بعض المحققين، و قد يظهر من عبارة جماعة من الأعيان، حيث ذكروا أن الإجازة موجبة للحكم بصحة العقد من حينه، لأنها رضا بمضمون العقد و هو النقل من حينه- أو أنها موجبة لحكم الشارع من حينها بحصول المضمون من حين العقد حكماً لا حقيقة، المعبر عنه بالكشف الحكمى، و هو الذى حكاه شيخنا الأعظم عن أستاذه شريف العلماء فى بعض تحقيقاته. كما أن الكشف على أحد الوجوه الأربعة الأول يعبر عنه بالكشف الحقيقى. و عبارة المصنف (ره) خالية عن تعيين وجه من هذه الوجوه. و الأقرب منها هو الكشف الانقلابى.

أما النقل: فيشكل بأن مقتضى العمومات و إن كان هو نفوذ العقد و ترتب مضمونه حين الحكم بالصحة، و هو بعد الإجازة، فإن زمان العقد لم يؤخذ قيداً للمضمون، حتى يتعين ثبوت المضمون فيه، لكن المرتكزات العرفية تستوجب حمل الأسباب الشرعية على الأسباب العقلية، و كما أن آثار الأسباب العقلية كائنة فى زمان أسبابها، كذلك مضمون العقد كائن فى زمانه، فكأنه السبب، و الإجازة دخيلة فى سببيته، فالبناء على أنه كائن فى زمان الإجازة المتأخرة خلاف الارتكاز المذكور، فيكون خلاف الظاهر.

و أما الوجه الأول من وجوه الكشف الحقيقى: فيشكل بأنه خلف،

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۹۶

.....

و مخالف لما دل على اعتبار الإجازة، المعول عليه عندهم، فكيف يكون مقتضى العموم أن يكون العقد سبباً تاماً؟ إذ لا موجب حينئذ لاعتبار الإجازة.

و أما الوجه الثانى: فيشكل بأن الرضا التقديرى لا دليل على الاجتزاء به، كما سيأتى فى المسألة الآتية. بل سيأتى أن الرضا الفعلى من الأصيل لا يكفى فى صحة العقد من الفضولى، فضلا عن الرضا التقديرى، لأنه غير كاف فى صحة نسبة العقد إلى الأصيل. مع أن البناء على حصول الرضا التقديرى غير ظاهر، لإمكان انتفائه، و يكون حصول الإجازة بعد ذلك لتبدل الطوارئ و المناسبات، كما لا يخفى. و لا سيما إذا كان الأصيل قد توقف عن الإجازة برهة من الزمن، ثمَّ أجاز، فإن مثل هذه الإجازة لا تدل على الرضا التقديرى، الذى يراد منه الرضا على تقدير الالتفات، يعنى: الرضا بمجرد الالتفات، إذ المفروض أنه غير حاصل بمجرد الالتفات.

و أما الوجه الثالث: فيشكل بما عرفت من اختصاص عموم وجوب الوفاء بالعقد المنسوب إلى الأصيل، و الإجازة هى المصححة للنسبة، و الوصف الاعتبارى- و هو التعقب بالإجازة و نحوه- لا يصحح النسبة، فالبناء على صحة العقد به خلاف ظاهر الأدلة. مع أن التعقب غير حاصل إلا بعد الإجازة، لأنه قائم بالمتعقب، و هو الإجازة.

و أما الوجه الرابع: فيشكل بأن ظاهر أدلة الصحة الترتب بين نفس الإجازة و الحكم بالصحة، فإن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد المنسوب إلى الأصيل ظاهر فى كون وجوب الوفاء مترتباً على النسبة، فلا يكون قبلها. و كذا

قوله (ع): «فإذا أجازه فهو له جائز» «۱»

ظاهر فى كون الجواز مترتباً على الإجازة، لا قبلها. هذا هو ظاهر تمام أدلة

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۹۷

.....

الصحة، و لا يتناسب مع جميع وجوه الكشف الحقيقى المذكورة.

و أما الكشف الانقلابى: فهو الذى يقتضيه ظاهر الأدلة، فإنه إذا تحققت لإجازة تحقق الحكم بصحة العقد و ترتب مضمونه من حينه، لا- من حين الإجازة، لما عرفت فى تقريب الاشكال على القول بالنقل، من أن الإجازة شرط فى الحكم بثبوت مضمون العقد، و مقتضى الحمل على المرتكزات العرفية يكون زمان المضمون هو زمان العقد، كما فى الأسباب العقلية، و إن لم يكن زمان المضمون مقيداً بزمان العقد.

و من ذلك يندفع إشكال شيخنا الأعظم (ره) على هذا النحو من الكشف بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه، بل مضمونه هو النقل مجرداً عن ملاحظة زمان خاص. فان ذلك مسلم، لكن لا ينافى ثبوت المضمون حين العقد، الذى يقتضيه إطلاق العقد بعد حمل دليل السببية بمقتضى الارتكاز على كونها بنحو السببية العقلية.

و أما ما أشكله ثانياً على هذا الوجه من أن وجوب الوفاء بالعقد إنما يصح تطبيقه بعد الإجازة، لاختصاص موضوعه بعقد المالك الأصيل، و الإضافة إلى المالك إنما تكون بالإجازة، فيكون وجوب الوفاء بالعقد حينئذ، فيمتنع ثبوت الملكية حين العقد، لأن الملكية إنما تنتزع من التكليف، و التكليف إنما يكون بالإجازة، فيمتنع اعتبارها قبلها حين العقد. ففيه:

أن ذلك إنما يقتضى كون اعتبار الملكية حين الإجازة، لا كون الملكية المعتبرة حين الإجازة، لجواز تأخر الاعتبار عن الإجازة، و تكون الملكية المعتبرة حين العقد سابقة على الاعتبار. مع أن دعوى كون الملكية منتزعة من التكليف بوجوب الوفاء ممنوعة. كيف؟! و الملكية موضوع لوجوب الوفاء، فان الوفاء الواجب هو العمل بمضمون العقد، الذى هو الملكية فى عقد البيع مثلًا، و الزوجية فى عقد النكاح .. و هكذا، فالملكية

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۴۹۸

.....

و الزوجية موضوع للوجوب، لا منتزعة منه.

و قد أشكل ثالثاً على هذا القول بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الإجازة، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه. فاذا دل دليل على ذلك تعين التصرف فيه بحمله على نفوذ العقد من حينه حكماً، لا حقيقة. و لأجل هذا الاشكال جعل (قدس سره) الأنسب بالقواعد- بعد البناء على بطلان النقل- هو هذا المعنى من الكشف، و سماه الكشف الحكمى. و فيه: أن ذلك يختص بما إذا كان الأثر حقيقياً. أما إذا كان اعتبارياً- مثل الملكية، و الزوجية، و نحوهما- فلا- مانع من ذلك، لجواز انتفاء سبب الاعتبار فى الزمان الأول، و وجوده فى الزمان الثانى. مثلا- إذا شككنا فى طهارة ماء يوم الخميس، حكم بطهارته ظاهراً، و جاز استعماله فى الطهارة من الحدث و الخبث، فاذا قامت البينة بعد ذلك على نجاسته يوم الأربعاء، كان الماء فى يوم الخميس محكوماً بالنجاسة ظاهراً، فيكون الماء المذكور فى يوم الخميس محكوماً بطهارته ظاهراً فى وقت، و محكوماً بنجاسته فى وقت بعده.

فكذا العقد فى المقام غير محكوم بسببيته للملكية فى وقت قبل الإجازة، و محكوم بسببيته لها فى وقت آخر. بل لو تمَّ الاشكال المذكور كان مانعاً من النقل أيضاً، لأنه حين وقوعه لم يكن سبباً للملكية، فلا ينقلب عما هو عليه بعد الإجازة. اللهم الا أن يدعى أنه

حین وقوعه سبب للملکیة بعد الإجازة و إن لم یکن سبباً للملکیة قبلها.

و الذی یتحصل مما ذکرنا أمور: (الأول): أن أصول الأقوال فی المسألة أربعة: الکشف الحقیقی، و النقل، و الکشف الحکمی، و الکشف الانقلابی. (الثانی): أن الکشف الحقیقی هو المشهور. و قد اختلفت کلماتهم فی تقریبه، فالذی یظهر من جامع المقاصد و غیره: أن العقد هو

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۴۹۹

[(مسألة ۲۲): الرضا الباطنی التقدیری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیة]

(مسألة ۲۲): الرضا الباطنی التقدیری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیة (۱)، فلو لم یکن ملتفتاً حال العقد

السبب التام، و الإجازة لا دخل لها فی سببیته، و إنما لها الدخل فی الکشف عن ثبوت الأثر حینه. و المختار للمحقق الرشتی فی إجازته: أن الشرط هو الرضا التقدیری، و هو حاصل و الذی یظهر من جماعة، و حکاه شیخنا الأعظم عن غیر واحد من معاصریه: ان الشرط هو الوصف الانتزاعی، و هو تعقب الإجازة و لحوقها. و الذی اختاره فی الجواهر: أن الشرط هو نفس الإجازة، لکنها بنحو الشرط المتأخر. (الثالث): أن الوجوه المذکورة للکشف الحقیقی مخالفة لمقتضی الأدلة. (الرابع): أن الذی یقتضیه النظر البدوی فی عمومات صحة عقد الفضولی هو النقل. لکن الارتکاز العرفی هو القرینة علی حمل الأدلة علی حصول الأثر حال العقد، لا حال الإجازة. و هو المراد من الکشف الانقلابی. و لا یتوقف البناء علی ذلک علی کون مضمون العقد هو التملیک من حینه، کی یشکل هذا القول بأن ذلک خلاف الواقع. (الخامس): ان استحالة خروج الشیء عما هو علیه لا مجال لها فی الأمور الاعتباریة. و لأجل ذلک لا داعی إلی رفع الید عن ظهور الأدلة فی الکشف الانقلابی و حملها علی الکشف الحکمی.

هذا و إن الذی یظهر من عبارة المتن هنا و فیما یأتی فی آخر المسألة الثانیة و الثلاثین: هو الکشف الحقیقی، الذی قد عرفت أنه أضعف الوجوه، و أبعدها عن ظاهر الأدلة.

(۱) لعموم الدلیل علی ذلک. و العمومات الدالة علی اعتبار رضا المالک و إجازته لا تشمل الرضا التقدیری. نعم ذکر الفقهاء فی مبحث مکان المصلی و غیره: جواز التصرف بإذن الفحوی، المراد منها الرضا التقدیری لکنه یختص کلامهم بالتصرف الخارجی، و لا یشمل التصرف

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۰۰

إلا أنه کان بحیث لو کان حاضراً حال العقد کان راضیاً لا یلزم العقد علیه بدون الإجازة. بل لو کان حاضراً حال العقد و راضیاً به، إلا أنه لم یصدر منه قول و لا فعل یدل علی رضاه، فالظاهر أنه من الفضولی (۱)، فله أن لا یجیز.

الاعتباری الحاصل بالعقود و الإیقاعات.

(۱) کما نسبه شیخنا الأعظم إلی ظاهر الأصحاب. لکنه قوی الاکتفاء بالرضا فی صحة العقد، و عدم الحاجة الی الإجازة، لعموم وجوب الوفاء بالعقود. لکن العموم غیر ظاهر، بل الظاهر الاختصاص بالعاقدین الذین من شأنهم العقد و من وظائفهم، و لا یشمل غیر العاقدین، و لا العاقدین الذین لیس من شأنهم العقد. نظیر قوله تعالی (وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) «۱»، و قوله تعالی (وَ الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذا عاهَدُوا) «۲»، فلا بد من کون العقد مضافاً الی المالک الأصیل، و الرضا النفسانی غیر کاف فی هذه النسبة، بل لا بد إما من المباشرة، أو التوکیل، أو الاذن بالعقد اللاحق، أو الإجازة للعقد السابق. فالفرق بین الاذن و التوکیل و بین الإجازة- مع اشتراکها فی أنها مصححة للنسبة- أنهما یصححان نسبة العقد اللاحق، و الإجازة تصحح نسبة العقد السابق. و الرضا لیس من هذا القبیل، فان کثیراً من

العقود الحاصلة بين المالكين محبوبة لكثير من غيرهم، لحصول الأغراض لهم بذلك، و لا تكون منسوبة لهم بمجرد الرضا.

و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال بمثل قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «۳»، و قوله تعالى (إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) «۴»

---

(۱) الحج: ۲۹.

(۲) البقرة: ۱۷۷.

(۳) البقرة: ۲۷۵.

(۴) النساء: ۲۹.

.....

فان منصرف الجميع ما ذكرنا، يعنى: البيع الصادر من أهله، و التجارة الصادرة من أهلها. و لا سيما و أن قوله تعالى (لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) «۱» قرينة على ذلك، يعنى: التجارة من ذوى الأموال، لا- من الفضولى، و لا- مجال للاستدلال على ذلك بإطلاق التراضى، فإن الظاهر من التراضى ما يقابل الإكراه، و إلا فإن عقد المكره حاصل عن تراض.

و كذلك كل عقد صادر من المختار لا يكون إلا عن تراض. فلا بد أن يحمل القيد على نفى عقد المكره، و إلا كان مؤكداً، و هو خلاف الظاهر.

و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال على ذلك

بقوله (ع): «لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه» «۲».

مضافاً الى أن السياق يقتضى اختصاصه بالتكليف، فلا يشمل ما نحن فيه. و أما ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه

«۳»، فالظاهر من الإقرار الإمضاء للعقد إنشاء، لا مجرد طيب النفس. و أما

رواية عروة البارقى المتضمنة: أنه دفع إليه النبى (ص) ديناراً، و قال: اشتر لنا به شاة للأضحية، فاشترى شاتين، ثمَّ باع إحداهما فى الطريق بدينار، فأتى النبى (ص) بالشاة و الدينار، فقال له رسول الله (ص): بارك الله تعالى لك فى صفقة يمينك «۴».

فالوجه فى جواز القبض و الإقباض فيها كما يمكن أن يكون لأجل خروج العقد عن كونه فضولياً، من جهة حصول الرضا النفسانى من النبى (ص)، يمكن أن يكون من جهة حصول العلم بكون عروة مفوضاً اليه هذه المعاملة و نحوها من قبل النبى (ص)، و الفعل

---

(۱) النساء: ۲۹.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب مكان المصلى حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

(۴) مستدرك الوسائل باب: ۱۸ من أبواب نوادر عقد البيع حديث: ۱، كنز العمال الجزء ۷ حديث: ۵۱۹، سنن البيهقى الجزء: ۶ الصفحة: ۱۱۱، ۱۱۲.

[(مسألة ۲۳): إذا كان كارها حال العقد]

(مسألة ٢٣): إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم

مجمل لا يدل على أحد الأمرين بعينه.

و أما كلمات الأصحاب مثل قولهم فى مقام الاستدلال على صحة الفضولى:

إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالک، و قولهم: الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه لا يدل على الرضا، و نحوها من كلماتهم. فلا بد أن تحمل على الرضا الإنشائى لا مطلق الرضا. و إلا لم يكن وجه لاعتبار الإجازة، و لا للأبحاث التى ذكروها فيها، بل كان اللازم أن يكون العنوان الرضا.

و الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا بين العبد الذى عقد بغير إذن سيده، و بين غيره. و ما فى كلام شيخنا الأعظم (ره) من أنه لا إشكال فى عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد، لعدم تحقق المعصية له، التى هى مناط المنع فى الاخبار، كما يقتضيه ما فى الصحيح من قوله (ع): «إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده» «١».

فيه: أن المراد من معصية السيد عقده بغير إذنه، لا العقد مع الكراهة، كما هو معنى المعصية عرفاً، حتى يكون الرضا كافياً فى رفع المعصية، إذ لازم ذلک صحة عقده مع غفلة السيد، لعدم الكراهة حينئذ، مع أنه لا ريب فى عدم صحة عقده حينئذ. و يشهد لذلک قوله (ع): «فإذا أجازه جاز»

«٢»، و لم يقل:

«فإذا رضى جاز»، أو «إذا لم يكره جاز».

و لأجل ما ذكرنا يتعين البناء على ما فى المتن، كما هو ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا فى صحة الفضولى الإجازة، و هى غير الرضا. و كأنه لأجل ذلک نسب شيخنا الأعظم (ره) كونه من الفضولى إلى ظاهر الأصحاب.

---

(١) الوسائل باب: ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) تقدم فى ص: ۴٩۶ أن نص الحديث: «فإذا أجازه فهو له جائز».

يصدر منه رد له، فالظاهر صحته بالإجازة (١). نعم لو استؤذن فنهى و لم يأذن، و مع ذلک أوقع الفضولى العقد، يشكل صحته بالإجازة، لأنه بمنزلة الرد بعده (٢). و يحتمل صحته بدعوى الفرق بينه و بين الرد بعد العقد، فليس بأدون من عقد المكره (٣)، الذى نقول بصحته إذا لحقه الرضا.

و إن كان لا يخلو ذلک أيضاً من إشكال (۴).

[(مسألة ٢۴): لا يشترط فى الفضولى قصد الفضولية]

(مسألة ٢۴): لا يشترط فى الفضولى قصد الفضولية (۵) و لا الالتفات الى ذلک. فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلا.

---

(١) قد يظهر من شيخنا الأعظم (ره) فى التنبيه الثانى من تنبيهات القول فى الإجازة: أنه مسلم عند الأصحاب. و يقتضيه القواعد العامة، لأن قدح الكراهة فى الصحة خلاف عمومات الصحة.

(٢) هذه المنزلة غير ظاهرة، بل هى واضحة المنع فى صورة عدم الإذن، فإنها خلاف عمومات الصحة من دون مخصص.

(۳) قد يقال: إنه أدون، من جهة أن عقد المكره كان صادراً بمباشرة المكره، فالنسبة إليه ظاهرة، بخلاف المقام.
(۴) الاشكال ضعيف. و لذا كان المشهور الصحة. و عن الحدائق:
دعوى الاتفاق عليها.
(۵) هذا مما لا ينبغى الإشكال فيه. و فى الجواهر: القطع به، لإطلاق الأدلة. انتهى. و قد يقتضيه صحيح محمد بن قيس الوارد فى بيع ولد المالك جارية أبيه بغير اذنه
«۱»، بناء على ظهور كون البيع لاعتقاد كونه ولياً على البيع كأبيه.

---

(۱) الوسائل باب: ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ۱.

و أوقع العقد، فتبين خلافه، يكون من الفضولى، و يصح بالإجازة.

[(مسألة ۲۵): لو قال فى مقام إجراء الصيغة: «زوجت موكلتى فلانة» مثلًا]

(مسألة ۲۵): لو قال فى مقام إجراء الصيغة:
«زوجت موكلتى فلانة» مثلًا، مع أنه لم يكن وكيلا عنها فهل يصح و يقبل الإجازة، أم لا؟ الظاهر الصحة (۱).
نعم لو لم يذكر لفظ: «فلانة» و نحوه، كأن يقول:
«زوجت موكلتى» و كان من قصده امرأة معينة، مع عدم كونه وكيلا عنها، يشكل صحته بالإجازة (۲).

[(مسألة ۲۶): لو أوقع الفضولى العقد على مهر معين]

(مسألة ۲۶): لو أوقع الفضولى العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد (۳) دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس، أو من حيث القلة و الكثرة؟
فيه إشكال.

---

(۱) عملًا بعمومات الصحة من دون مقيد. و قد سبق فى المسألة السابقة.
(۲) لعدم وقوع العقد عليها صريحاً، و لا ظاهراً. بل هو من قبيل العقد بالمجازات البعيدة، التى لا دليل واضح على صحة العقد بها.
(۳) قد تحقق أن العقد الوارد على الجملة ينحل الى عقود متعددة بتعدد الأبعاض. و لذا جاز تبعض الصفقة. كما أن العقد الوارد على المشروط ينحل الى عقدين أحدهما وارد على المشروط، و الآخر وارد على الخالى عن الشرط. و لذا كان التحقيق أن بطلان الشرط لا يقتضى بطلان العقد، و أنه يثبت الخيار بتخلف الشرط. و لأجل ذلك قد يدعى جواز إجازة العقد دون المهر، لان المهر بمنزلة الشرط. لكن ظاهر الجواهر- فيما لو زوجها الولى بدون مهر المثل- التسالم على عدم جواز إجازة العقد دون المهر.

بل الأظهر عدم الصحة فى الصورة الثانية (۱)، و هى ما إذا عين المهر على وجه آخر. كما انه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر فى العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط.

---

(۱) الصورتان تشتركان فى عدم التطابق بين الإيجاب و القبول، و تختلفان فى أن الأولى خالية عن تعيين المهر، و الثانية مشتملة عليه.

و الأول لا یوجب الاختلاف فی البطلان. و الثانی إن أوجب شیئاً أوجب بطلان الشرط، لا بطلان العقد. فالجزم ببطلان العقد فی الثانیة دون الأولی غیر ظاهر.

و مثله فی الاشکال جزمه ببطلان الإجازة مع إلغاء ما ذکر فی العقد من الشرط- کما ذکر فی آخر المسألة- فإنه لا یتناسب مع توقفه فی البطلان فی الصورة الأولی، لما عرفت من أن المهر من قبیل الشرط فی العقد، فالإجازة للعقد دون المهر تکون من الإجازة للعقد بدون الشرط.

و التحقیق أن عدم التطابق بین الإیجاب و القبول (تارة): یکون للاختلاف فی موضوع العقد و رکنه، کما إذا زوجه زینب فضولًا فأجاز فی هند، أو باعه الفرس فأجاز فی الحمار. و لا ینبغی التأمل فی البطلان حینئذ، لانتفاء العقد بانتفاء موضوعه. (و أخری): للاختلاف فی الجزء و الکل مع تعدد الموضوع عرفاً، کما لو زوجه زینب و هنداً فأجاز فی زینب دون هند، أو باعه الفرس و الحمار فأجاز فی الفرس دون الحمار.

و لا مانع من إجازة أحد العقدین ورد الآخر. لتعدد العقد بتعدد الموضوع.

(و ثالثة): یکون للاختلاف بالجزئیة و الکلیة مع الاتحاد عرفاً، کما إذا باعه الفرس بدینار فأجاز فی نصف الفرس بنصف دینار. لکن فرضه فی باب النکاح غیر ممکن. (رابعة): یکون للاختلاف فی الشرط. و له صور، لأن الشرط (تارة): یثبت فی العقد و یلغی فی الإجازة، کما فی الصورة الأولی. و مثلها أن یشترط الفضولی علی الزوجة إرضاع ولد الزوج،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۰۶

.....

فتجیز العقد دون الشرط. أو یشترط الفضولی علی الزوج أن لا یخرجها من بیت أبیها، فیجیز الزوج العقد دون الشرط. (و أخری): لا یکون الشرط فی العقد و یکون فی الإجازة. (و ثالثة): یکون فیهما، لکن فی الإجازة یلغی الشرط المذکور فی العقد و یثبت غیره. و الظاهر فی الجمیع البطلان، لأن عدم التطابق یوجب انتفاء العقد، فلا أثر له.

و دعوی: انحلال العقد المشروط الی عقدین، أحدهما غیر مشروط، و الآخر مشروط. و لذلک کان التحقیق أن بطلان الشرط لا یوجب بطلان العقد، فیمکن تعلق الإجازة بالعقد غیر المشروط. فیها: أن هذه الانحلال انضمامی و ارتباطی، لا استقلالی علی وجه یقبل التفکیک، فإنه خلاف الوجدان فی کثیر من الموارد، إذ لا غرض إلا فی المشروط، فکیف یصح إنشاء ما لیس بمشروط؟! و صحة العقد مع بطلان الشرط تحلیل ادعائی، جرت علیه الأحکام عرفاً، لا علی الحقیقة، کما أشرنا الی ذلک فی بعض مباحث الإجارة من هذا الشرح. فراجع. و لأجل ذلک لا یصح التفکیک فی القبول، بحیث یتعلق القبول بذات المشروط من دون الشرط، أو ببعض الأجزاء دون بعض.

فان قلت: إذا باع العین علی جماعة، فقبل أحدهم دون الآخرین، صح القبول فی البعض. و کذا إذا باع العین المشترکة فضولا، فأجاز بعض الشرکاء دون غیره، صحت الإجازة فی البعض دون البعض قطعاً.

فدل ذلک علی إمکان التفکیک فی القبول و الإجازة بین أجزاء العین الواحدة، و إذا جاز التفکیک فی الأبعاض جاز فی المشروط و الشرط بطریق أولی.

قلت: القبول من بعض دون بعض فی الصورة الاولی لیس قبولا- لبعض الإیجاب، بل هو قبول لتمام الإیجاب. و کذلک إجازة بعض الشرکاء فی الصورة الثانیة إجازة لنفس العقد، و إن کان لا یترتب الأثر بالنسبة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۰۷

[(مسألة ۲۷): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولیة فتبین کونه وکیلا فالظاهر صحته]

(مسألة ۲۷): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر صحته (۱)، و لزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلا. بل و كذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد و لكن لم يبلغه الخبر، على إشكال فيه (۲). و أما لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً، ففى لزومه بلا إجازة منه، أو من المولى عليه، إشكال (۳).

إلى الجميع إلا مع قبول الجميع، أو إجازة الجميع. فليس ذلك من التفكيك.

و لذلك لم يصح القبول من كل واحد إذا كان مبنياً على التفكيك فى الصورة الأولى، كما إذا قال: «قبلت بيع حصة منه بحصة من الثمن» فان ذلك أيضاً مانع من انعقاد العقد. و كذا الكلام فى قبول المشروط دون الشرط.

(۱) لحصول الاذن من الموكل، المقتضية للصحة. نعم لو كانت الاذن مشروطة بالالتفات إلى الوكالة انتفت مع الغفلة عنها. لكنه خلاف المفروض.

(۲) لكنه ضعيف. لإطلاق الاذن- كما عرفت- المقتضية للصحة.

فما عن القاضى من أنه لا يصح تصرف العبد إذا لم يعلم بإذن سيده، و لا علم بها أحد. غير ظاهر. و دعوى: أن الاذن إذا لم يعلم بها أحد نظير الرضا التقديرى، لا أثر لها. ممنوعة، إذ المفروض تحقق الإنشاء بالكتابة أو باللفظ، و الرضا التقديرى لا إنشاء فيه.

(۳) لاحتمال اختصاص نفوذ تصرف الولى بصورة التفاته الى ذلك، كما هو الظاهر فى المالك، إذ أنه لا ينفذ تصرفه إذا لم يعلم أنه مالك، فلو باع الوارث مال أبيه معتقداً حياته، فتبين موت أبيه قبل البيع و أنه وارثه، توقفت صحة البيع على الإجازة منه. لكن هذا الاحتمال ضعيف، لأن ذلك خلاف إطلاق الاذن إذا كانت عرفية، كما فى الوصى، و الوكيل، و خلاف إطلاق دليلها إذا كانت شرعية كما فى ولاية الأب، و الجد، و السيد.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۰۸

[(مسألة ۲۸): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولى و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية]

(مسألة ۲۸): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولى و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية، فهل يصح و يلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه، أقواها: عدم الصحة، لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزا (۱) فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده فى

فما فى المتن من الفرق بين الوكيل و الولى- بالجزم بالصحة فى الأول، و التوقف فيها فى الثانى- ضعيف جداً. و بالجملة: فالفروض الثلاثة المذكورة فى هذه المسألة كلها بحكم واحد. و إن اختلفت بالخفاء و الوضوح.

(۱) إن أريد بالجواز هنا ما يقابل اللزوم فالتعليل المذكور لا يقتضى البطلان، لأن اشتراط كونه جائزاً بهذا المعنى راجع الى اشتراط كونه جائزاً شرعاً، أو راجع الى اشتراط الخيار بالفسخ و الإمضاء. و الأول شرط باطل، لعدم كونه مقدوراً، و الثانى شرط صحيح. و على كلا التقديرين لا موجب لبطلان العقد فى نفسه، لأن الشرط الفاسد غير مفسد، و شرط الخيار لا مانع منه فى العقود اللازمة. و عدم صحته فى عقد النكاح لا يقتضى بطلانه، كما تقدم فى المتن.

و إن أريد من الجواز ما يقابل الصحة و النفوذ- فكأنه اشتراط أن لا ينفذ إلا بالإجازة. كما فى عقد الفضولى- فهذا الشرط و إن كان لا يصح، لأنه غير مقدور، لكنه لا يقتضى البطلان، لما عرفت من أن الشرط الفاسد لا يفسد. اللهم إلا أن يرجع الى التعليق، فكأنه قال: «زوجت فلانة من فلان إذا أجزت، أو أجازت العقد». و حينئذ يكون البطلان من جهة التعليق.

لكن رجوع قصد الفضولية هنا الى اشتراط الجواز على أحد المعانى غير ظاهر. و لم يتقدم منه احتمال البطلان فى المسألة السابقة من جهة رجوع

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۰۹

الإبقاء و العدم. و بعبارة أخرى: أوقع العقد متزلزلا.

[(مسألة ۲۹): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما]

(مسألة ۲۹): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (۱)، و لا يجوز لهما بعد البلوغ رده، أو فسخه. و على هذا فاذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (۲). و أما إذا زوجهما الفضوليان، فيتوقف على

قصد الفضولية فيها الى اشتراط الجواز، و الفرق بين المسألتين غير ظاهر.

و بالجملة: فالمصنف (ره) لم يتضح مراده من الجواز مع كونه بصدد التوضيح بتكرار العبارة و التمثيل، كما لم يتضح وجه ما قواه من البطلان.

و التحقيق: أن إنشاء من له السلطنة على العقد- لكونه ولياً، أو وكيلًا، أو أصيلا- إذا كان بعنوان الفضولية (فتارة): لا يكون منه إلا قصد العنوان الذى لا واقع له، مثل أن يقصد كونه عربياً و هو عجمى، أو هاشمياً و هو غير هاشمى. و لا ينبغى التأمل فى كون القصد المذكور لا أثر له. (و أخرى): يكون قصده إنشاء أمر زائد على عنوان العقد، مثل أن يقصد أن لا يترتب أثر على العقد إلا بعد الإجازة، أو يقصد أن يكون له الخيار فى العقد، أو نحو ذلك. و هذا على قسمين: أحدهما:

أن يختص القصد بأحد المتعاقدين، بأن يكون من الموجب فقط، أو من القابل كذلك. الثانى: أن يكون من الموجب و القابل، بأن يكون الشرط مورد الإيجاب و القبول. ففى الأول يبطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول. و فى الثانى يصح العقد، و يبطل الشرط.

(۱) تقدم ذلك فى المسألة الرابعة.

(۲) و فى الجواهر: «حتى على القول بالخيار، كما حكى عنه التصريح به. ضرورة عدم منافاته لتحقق موجب الإرث، الذى هو الزوجية».

و كأن ذلك إذا لم يختر الفسخ، و إلا فلا موجب للإرث، لانتفاء الزوجية.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۰

إجازتهما بعد البلوغ (۱)، أو إجازة وليهما قبله (۲). فان بلغا و أجازا ثبتت الزوجية، و يترتب عليها أحكامها من حين العقد، لما مر من كون الإجازة كاشفة (۳). و إن ردا، أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (۴). و إن بلغ أحدهما و أجاز ثمَّ مات قبل بلوغ الآخر، يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية (۵)، فان بلغ و أجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع فى الإرث، فإن حلف يدفع اليه. و إن لم يجز، أو

---

(۱) إذ لا ولاية لهما على نفسهما قبل ذلك.

(۲) إذ لا ولاية له بعده.

(۳) تقدم ذلك فى المسألة الواحدة و العشرين.

(۴) هذا لا كلام فيه- كما فى المسالك- لأنه مقتضى الأصول، و القواعد، و الصحيحة الآتية.

(۵) بلا خلاف ظاهر.

لصحیحة أبی عبیدة الحذاء قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن غلام و جاریة زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین.

قال: فقال (ع): النکاح جائز، أیهما أدرک کان له الخیار. فان ماتا قبل أن یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر، إلا أن یکونا قد أدرکا و رضیا.

قلت: فإن أدرک أحدهما قبل الآخر؟ قال (ع): یجوز ذلک علیه ان هو رضی. قلت: فان کان الرجل الذی أدرک قبل الجاریة و رضی النکاح، ثمَّ مات قبل أن تدرک الجاریة، أ ترثه؟ قال (ع): یعزل میراثها منه حتی تدرک و تحلف بالله ما دعاها إلی أخذ المیراث إلا رضاها بالتزویج، ثمَّ یدفع إلیها المیراث، و نصف المهر. قلت: فان ماتت الجاریة و لم تکن

أجاز و لم یحلف، لم یدفع، بل یرد إلی الورثة (۱). و کذا لو مات بعد الإجازة و قبل الحلف (۲). هذا إذا کان متهما بأن إجازته للرغبة فی الإرث. و أما إذا لم یکن متهما بذلک

أدرکت، أ یرثها الزوج المدرک؟ قال (ع): لا، لأن لها الخیار إذا أدرکت قلت: فان کان أبوها هو الذی زوجها قبل أن تدرک؟ قال (ع):

یجوز علیها تزویج الأب، و یجوز علی الغلام. و المهر علی الأب للجاریة» «۱».

و الاشکال علی الصحیحة من جهة فرضها فی تزویج الولیین، مع أن تزویج الولی لا خیار فیه للمولی علیه بعد البلوغ، کما تقدم. یندفع: بلزوم حملها علی الولی العرفی، کما قد یشهد به ما فی ذیلها من فرض تزویج الأب، و أنه لا خیار فیه للولد. و أما ما فیها من تنصیف المهر بالموت قبل الدخول. فلا یتوجه من أجله الإشکال علی الصحیحة و إن کان هو خلاف المشهور، لأنه هو التحقیق الذی یقتضیه الجمع بین النصوص، کما أوضحناه فی محله. ثمَّ إن مورد الصحیحة هو موت الزوج، و لکن الفتاوی عامة له و لموت الزوجة، بل الظاهر الإجماع علی عدم الفرق، حتی بناء علی کون الحکم علی خلاف القواعد.

(۱) کما یقتضیه الصحیح المتضمن اشتراط المیراث بالحلف.

(۲) قال فی القواعد: «فان مات بعد الإجازة و قبل الیمین فإشکال»، و فی المسالک: «و ربما احتمل مع موته قبل الیمین ثبوت الإرث من حیث أنه دائر مع العقد الکامل». ثمَّ قال: «و لیس بشیء، لأنه لو کان کذلک لم یتوقف علی الیمین ابتداء»، و فی کشف اللثام: «انه أقوی، وفاقاً لفخر الإسلام، لمنع تمام الزوجیة، فإنه بالإجازة الخالیة عن التهمة».

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب میراث الأزواج حدیث: ۱.

- کما إذا أجاز قبل أن یعلم موته، أو کان المهر اللازم علیه أزید مما یرث، أو نحو ذلک- فالظاهر عدم الحاجة الی الحلف (۱).

[(مسألة ۳۰): یترتب علی تقدیر الإجازة و الحلف جمیع الآثار المترتبة علی الزوجیة]

(مسألة ۳۰): یترتب علی تقدیر الإجازة و الحلف جمیع الآثار المترتبة علی الزوجیة (۲)، من المهر، و حرمة الأم و البنت، و حرمتها- إن کانت هی الباقیة- علی الأب و الابن، و نحو ذلک. بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة (۳)، من غیر حاجة الی الحلف. فلو أجاز و لم

(۱) و فی المسالک: جعل الأقوى اعتبار الیمین و إن لم تحصل التهمة، لأنها لیست علة تامة فی اعتباره، بل هی حکمة لا یجب اطرادها، عملا- بإطلاق النص و الفتوى. و وافقه على ذلک فی الحدائق. لکن الظاهر من النص أن الیمین طریق الى نفی التهمة، فإذا انتفت التهمة لم یحتج إلیها.

(۲) هذا مما لا إشکال فیه، لکونه ظاهر الصحیحة المتضمنة لثبوت الزوجیة، و ترتیب بعض آثارها، کالمیراث و المهر.

(۳) فان الحکم الذی تضمنه النص جار على طبق القاعدة. و موت أحد الزوجین بین العقد و الإجازة لا- یوجب ارتفاع موضوع الإجازة، بناء على التحقیق من الکشف الانقلابی. إذ لا مانع من أن یحکم بتحقق الزوجیة حال العقد، و إن کان زمان الحکم بها بعد الإجازة و بعد موت أحد الزوجین بعد إجازته. و دعوى: أن الموت مانع من ثبوت الزوجیة.

مندفعة: بأن الزوجیة المدعى ثبوتها بالإجازة، الزوجیة حال العقد، و لا دلیل على اعتبار استمرار الحکم بمضمون العقد من حین العقد الى زمان الإجازة فی صحة الإجازة، بل یکفی فی صحتها صحة ثبوته حال العقد لا غیر.

نعم ما تضمنه الصحیح من عدم استحقاق المهر و المیراث إذا لم تحلف على أن إجازتها لم تکن طمعاً فی المهر و المیراث، جار على خلاف القاعدة،

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۳

یحلف مع کونه متهما لا یرث، و لکن یترتب سائر الأحکام.

[(مسألة ۳۱): الأقوى جریان الحکم المذکور فی المجنونین]

(مسألة ۳۱): الأقوى جریان الحکم المذکور فی المجنونین (۱) بل الظاهر التعدی إلى سائر الصور. کما إذا کان أحد الطرفین الولی و الطرف الآخر الفضولی، أو کان أحد الطرفین المجنون و الطرف الآخر الصغیر، أو کانا بالغین

فیقتصر فیه على مورده، و هو المهر و المیراث، و یرجع فی غیره من الأحکام الى القواعد المقتضیة الصحة و إن کانت الإجارة طمعاً فی المهر و المیراث، فتترتب تلک الأحکام بمجرد الإجازة و إن علم أنها کانت طمعاً فی المهر و المیراث، فضلا عن صورة التهمة. لکن یظهر من المسالک و غیرها خلاف ذلک، کما یأتی.

(۱) قال فی المسالک: «النص ورد فی تزویج الأجنبی للصغیرین.

فلو کانا کاملین فزوجهما الفضولی، ففی انسحاب الحکم إلیهما وجهان: من تساویهما فی کون العقد فیهما عقد فضولی، و لا مدخل للکبر و الصغر فی ذلک. و من أن فی بعض أحکامه ما هو خلاف الأصل، فیقتصر على مورده. و هذا أقوى. و حینئذ فیحکم ببطلان العقد إذا مات أحد المعقود علیهما بعد إجازته و قبل إجازة الآخر، سواء قلنا إن الإجازة جزء السبب، أم کاشفة عن سبق النکاح من حین العقد. إما على الأول: فظاهر، لأن موت أحد المتعاقدین قبل تمام السبب مبطل، کما لو مات أحدهما قبل تمام القبول. و إما على الثانی: فلأن الإجازة وحدها لا تکفی فی ثبوت هذا العقد، بل لا بد معها من الیمین، و قد حصل الموت قبل تمام السبب.

خرج منه ما ورد فیه النص، و هو العقد على الصغیرین، فیبقى الباقی».

و نحوه ما عن شرح النافع. و فی القواعد: «و فی انسحاب الحکم فی البالغین إذا زوجهما الفضولی، إشکال. أقربه البطلان». و فی جامع المقاصد

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۴

کاملین، أو أحدهما بالغاً و الآخر صغیراً أو مجنوناً. أو نحو ذلک، ففی جمیع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إلیه- لعدم الحاجة الى الإجازة، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده- و بقی الآخر، فإنه یعزل حصة الباقی من المیراث الى أن یرد أو یجیز. بل الظاهر عدم

الحاجة الى الحلف فى ثبوت الميراث

ذكر فى وجه القرب ما سبق عن المسالك، ثمَّ قال: «إنه المفتى به».

و فى الحدائق: «الظاهر أنه المشهور بينهم. و هو الأنسب بقواعدهم».

أقول: مقايسة المقام بموت الموجب قبل القبول لا- تتم بناء على كون الإجازة كاشفة، سواء كان الكشف حقيقياً، أم حكمياً، أم انقلابياً، إذ هى مع الفارق، فان موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد و تماميته، فلا يمكن أن يترتب مضمونه بخلاف المقام، لتمامية العقد، و إنما المنتظر هو الإجازة، فإذا حصلت ترتب الأثر. نعم مضمون العقد فى المقام- و هو الزوجية- لما امتنع أن يقوم بالمعدوم، تعذر ترتب الأثر على العقد بناء على النقل، لانعدام أحد الزوجين. أما بناء على الكشف على أحد وجوهه- فلا مانع من ترتب الأثر قبل الموت بتوسط الإجازة اللاحقة، أو مع اليمين. فالإجازة و إن كانت جزء السبب، لكن الأثر يثبت قبلها بناء على الكشف. و مثل الإجازة اليمين مع الحاجة إليه من جهة الميراث و المهر.

و الذى يتحصل أن الفرق بين الإجازة و القبول من وجهين. الأول:

أن القبول جزء مقوم للعقد، و الإجازة ليست كذلك. الثانى: أن القبول ناقل، يترتب مضمون العقد من حينه، و الإجازة كاشفة على ما عرفت.

و من ذلک يظهر جريان حكم الصغيرين إذا زوجهم الفضوليان فى غيرهما من سائر الصور المشتركة معها فى الجرى على مقتضى القاعدة. نعم فى

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۵

فى غير الصغيرين من سائر الصور. لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (۱). و لكن الأحوط الإحلاف فى الجميع بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

[(مسألة ۳۲): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين]

(مسألة ۳۲): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلا، أو مجيزاً، و الطرف الآخر فضولياً و لم يتحقق إجازة و لا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة و بنتها، و أختها، و الخامسة، و إذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره. و بعبارة أخرى: هل يجرى عليه آثار الزوجية

المسالک فيما لو كان العاقد لأحد الصغيرين الولى و الآخر الفضولى فمات من عقد له الولى أولا: أنه يجرى الحكم المذكور، للأولوية لأن الجائز من الطرفين أضعف حكما من اللازم من أحدهما، فإذا ثبت الحكم فى الأضعف ثبت فى الأقوى بطريق أولى. و كذا إذا كانا بالغين، فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة، و الآخر زوجه الفضولى، فإنه أيضاً يجرى الحكم فيه للأولوية.

بل قال: «يظهر منهم الجزم بالحكم فى هذا أيضاً. و هو متجه». لكن الأولوية غير ظاهرة.

(۱) قد عرفت اختصاص الصحيح

«۱» بصورة موت الزوج بعد بلوغه و إجازته، و بقاء الزوجة. لكن يجب التعدى إلى صورة موت الزوجة بعد بلوغها و إجازتها و بقاء الزوج، فى عدم استحقاق الإرث إلا بعد اليمين مع التهمة، لاتفاق الأصحاب على ذلک، كما يظهر من تحريرهم المسألة.

أما بقية الصور فلم يثبت الاتفاق على اشتراط استحقاق إرث الثانى باليمين.

فيتعين فيها الرجوع الى القواعد المقتضية لترتب جميع الآثار بمجرد الإجازة فقط

(۱) راجع صفحة: ۵۱۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۶

و إن لم تجر على الطرف الآخر، أو لا؟ قولان (۱)، أقواهما:

(۱) قال في القواعد في فصل الأولياء: «و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة. فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة. و الأخت، و البنت، و الأم، إلا إذا فسخت. على إشكال في الأم» و في كشف اللثام في شرح العبارة، بعد قوله (ره): «الخامسة و الأخت» قال: «بلا إشكال، لصدق الجمع بين الأختين، و نكاح أربع بالنسبة اليه. و لا يجدي التزلزل». لكن في القواعد في مبحث المصاهرة:

«و هل يشترط في التحريم لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟

نظر. فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الأم قبل الإجازة، أو بعد فسخها مع البلوغ، نظر» فان هذا النظر لا يتناسب مع نفي الاشكال في كلام كاشف اللثام.

و شيخنا الأعظم (ره) في مسألة ما لو كان العقد بين الأصيل و الفضولي قال: «إن الذي يستفاد من كلام جماعة و ظاهر آخرين عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه». و اختاره بناء على المشهور في معنى الكشف من كون الإجازة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فيكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد غير مقيد بالإجازة. بل حتى لو علم بعدم الإجازة فإن الإجازة شرط لتأثيره، لا لوجوب الوفاء به، و مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه على الأصيل و حرمة نقضه من جانبه.

لكن الاستدلال المذكور يتوقف على أمور: الأول: أن يكون المراد من وجوب الوفاء الحكم التكليفي، لا الإرشاد إلى ثبوت مضامين العقود. الثاني: أن يكون موضوع الوفاء نفس العقد، لا ـ موضوع العقد من بيع و نكاح و نحوهما، و لا ـ هو بلحاظ ترتب موضوعه. الثالث: أن يكون الرضا و الإجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالإضافة إلى الراضي، لا مطلقاً.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۷

.....

و هذه الأمور كلها محل نظر، و لا سيما الأولان، فلا مجال للاستدلال المذكور و توضيح ذلك يظهر بمراجعة كتاب (نهج الفقاهة) في مبحث الفضولي.

فراجع. مضافاً الى النظر و الاشكال فيما ذكره من الفرق بين النقل و الكشف، و أنه على النقل تكون الإجازة دخيلة في نفس العقد شطراً أو شرطاً، و تكون على الكشف شرطاً في تأثير العقد لا في نفس العقد. إذ هو كما ترى غير ظاهر. و الفرق بينهما ليس في هذه الجهة، بل من جهة أخرى، كما عرفت الإشارة الى ذلك في المسألة الواحدة و العشرين.

و في حاشية بعض مشايخنا (قده) في المقام على قول المصنف: «أقواهما الثاني» قال: «بل الأول»، و ذكر في درسه في تقريب عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، أنه قد ملك التزامه، و انقطعت إضافته عن ماله، فيتعين عليه العمل على طبق التزامه. و فيه: أنه لم يتحصل لنا أن العقد بين الاثنين يقتضي تمليك كل واحد منهما التزامه لصاحبه زائداً على إنشاء مضمون العقد الذي هو الملتزم به، بل ليس مفاده إلا ـ إنشاء مضمونه و الملتزم به فقط. مضافاً الى أن المتملك لهذا الالتزام إن كان هو الطرف الأصيل، فلا مجال لهذا التملك قبل الإجازة، لعدم قبوله لهذا التمليك إلا بالإجازة. و إن كان هو الطرف الآخر الفضولي، فمقتضاه جواز التقابل بينهما و لو بعد إجازة المالك بلا رضا منه بذلك التقابل، لأن لزوم العقد على هذا المبنى من آثار تمليك الالتزام المذكور. بل مقتضاه أيضاً

عدم جواز التقايل بين الأصيلين بعد الإجازة إلا برضا الفضولى، لأنه الذى ملك الالتزام. و هو كما ترى.

و لأجل ذلک كان مقتضى التحقيق هو القول الثانى، و عدم الفرق بين الأصيل المباشر و الأصيل الذى ناب عنه الفضولى فى عدم ترتب آثار العقد الصحيح بالنسبة إليهما معاً قبل تحقق الإجازة من الثانى، فيجوز

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۸

الثانى، إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك (۱)، الكاشفة عن تحققها من حين العقد. نعم الأحوط الأول، لكونه فى معرض ذلك بمجيء الإجازة. نعم إذا تزوج الأم أو البنت مثلًا ثمَّ حصلت الإجازة كشفت عن بطلان ذلك.

[(مسألة ۳۳): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد]

(مسألة ۳۳): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد و لم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة،

للمباشر تزويج أخت الزوجة المعقود عليها، و تزويج أمها، و بنتها، و تزويج الخامسة. نعم إذا أجاز الطرف الآخر بطل العقد الثانى بناء على الكشف الانقلابى و الحكمى، و تبين بطلانه من أول الأمر بناء على الكشف الحقيقى.

(۱) هذا يتم بناء على الكشف الحقيقى. أما بناء على الكشف الحكمى أو الكشف الانقلابى فلا مانع من التصرف قبل الإجازة و إن علم بتحققها، لعدم حصول الزوجية قبلها، فلا تترتب أحكامها. نعم إذا أجاز الأصيل بعد ذلك يحكم بتحقق الزوجية من أول الأمر، و بطلان التصرفات المنافية، فيبطل بعد الإجازة تزويج المباشر للأم، أو البنت، أو الأخت، أو الخامسة. لا أنه باطل من أول الأمر. فالحكم بالبطلان من أول الأمر مقارن للتصرف بناء على الكشف الحقيقى، و مقارن للإجازة بناء على الكشف الانقلابى و الحكمى. و أما مع الشك فى حصول الإجازة، فيحكم بصحة التصرف المنافى ما دامت الإجازة غير حاصلة. لكن الحكم المذكور ظاهرى بناء على الكشف الحقيقى، لأصالة عدم الإجازة، و واقعى بناء على الكشف الحكمى أو الانقلابى.

ثمَّ إنه إذا قلنا بجواز فسخ الأصيل، و أن التصرفات المنافية فسخ فعلى، كانت مانعة من صحة الإجازة، لحصول الفسخ. لا أنه تصح الإجازة، و تبطل التصرفات.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۱۹

سواء أجاز الطرف الآخر، أو كان أصيلا، أم لا- لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز، و تبين كونه كأن لم يكن. و ربما يستشكل فى خصوص نكاح أم المعقود عليها (۱) و هو فى غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح. و مجرد العقد لا يوجب شيئاً. مع أنه لا فرق بينه و بين نكاح البنت. و كون الحرمة فى الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثانى، لا ينفع فى الفرق (۲).

[(مسألة ۳۴): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر]

(مسألة ۳۴): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر، ثمَّ علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز، لفوات محل الإجازة (۳). و كذا إذا زوج

---

(۱) تقدم هذا الاستشكال فى عبارة القواعد المحكية فى شرح المسألة السابقة. و كأن وجه الاشكال- كما فى كشف اللثام-: أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه. ثمَّ قال: فى كشف اللثام «و الأول أصح، فإن الأصح أن الإجازة إما جزء، أو شرط». و فى الجواهر:

«من الغريب ما سمعته من احتمال تحريم الأب، و الابن، و الأم، بمجرد صدور العقد فضولا، الذى تعقبه عدم الإجازة و لو من طرف

واحد، لاحتمال كون الفسخ من حينه، فإنه لا يقتضيه أصل، و لا قاعدة، و لا فتوى. بل يمكن تحصيل الإجماع بل الضرورة بخلافه». و ما ذكره في غاية من القوة.

(۲) يعني: فيبنى على صحة العقد على البنت قبل الإجازة، كي يؤدى ذلك الى حرمة الأم و إن حصل الرد.

(۳) كما نص على ذلك شيخنا الأعظم (ره) في مكاسبه

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۰

رجل فضولا- بامرأة، و قبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها، أو بنتها، أو أختها، ثمَّ علم. و دعوى: أن الإجازة حيث أنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني. كما ترى.

[(مسألة ۳۵): إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل، و زوجها الوكيل الآخر من آخر]

(مسألة ۳۵): إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل، و زوجها الوكيل الآخر من آخر، فان علم السابق من العقدين

عليه المصنف (ره) في حاشيته على ذلك بانصراف أدلة الفضولي عن شمول الفرض، فان لازمه جواز الإجازة و لو بعد مضى خمسين سنة. و الحكم ببطلان عقدها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات. انتهى.

و يمكن أن يقال في وجهه: إن المرأة المذكورة في المثال بعد أن صارت ذات بعل حرم عليها التزويج و لم يصح منها. و الإجازة العقد الفضولي تزويج، فلا يجوز لها، و لا يصح منها. و كذلك الحكم في مثال الرجل الذي زوج فضولًا، فإنه إذا تزوج مباشرة أم الزوجة التي عقد عليها فضولًا، فإذا أجاز العقد الفضولي، فقد تزوج بنت زوجته، و لا يصح منه ذلك. و بالجملة: الإجازة لا تصح إلا إذا كان المجيز له سلطان عليها، و في المثالين بعد وقوع التصرف المباشري من المرأة و الرجل، خرجت إجازة العقد الفضولي عن سلطنة المجيز، فإنه لا يصح لذات البعل أن تتزوج، و لا يصح لمن تزوج الأم أن يتزوج بنتها، و إطلاق ذلك يقتضي المنع حتى من هذا التزويج الحاصل بالإجازة.

و دعوى اختصاص ذلك بالتزويج اللاحق، و لا يشمل السابق، فان السابق يمنع اللاحق، و الإجازة في المقام ليست تزويجاً لاحقاً، بل تزويج سابق، بناء على الكشف على أي وجوهه كان. مدفوعة: بأن الممنوع عنه التزويج اللاحق إنشاءً، لا منشأ، و الإجازة لاحقة إنشاء و إن كان المجاز هو التزويج السابق. فالمدار في السبق و اللحوق على الإنشاء، لا على المنشأ.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۱

فهو الصحيح (۱). و إن علم الاقتران بطلا معاً (۲). و إن شك في السبق و الاقتران فكذلك. لعدم العلم بتحقق عقد صحيح، و الأصل عدم تأثير واحد منهما (۳). و إن علم السبق و اللحوق، و لم يعلم السابق من اللاحق، فان علم تاريخ أحدهم حكم بصحته دون الآخر (۴). و إن جهل التاريخان ففي المسألة وجوه.

أحدها: التوقيف حتى يحصل العلم (۵).

---

(۱) لعموم أدلة الصحة، التي لا تشمل اللاحق، لما عرفت من فوات شرط الصحة، و هو أن تكون خلية.

(۲) لبطلان الترجيح بلا مرجح.

(۳) لكن مع العلم بتاريخ أحدهما يتعين الحكم بصحته. لاستصحاب كونها خلية الى ما بعده الذي هو شرط صحته، و يتعين الحكم بصحة تزويجها بمورده، و هو حاكم على أصالة عدم ترتب الأثر، كما تقرر ذلك في الصورة الآتية بعينها. و حينئذ لا فرق بين الصورتين في ذلك. و مجرد الفرق بينهما بالعلم بصحة أحدهما إجمالا في الصورة الآتية، بخلاف هذه الصورة. لاحتمال الاقتران،

الموجب لاحتمال بطلانهما معاً. لا توجب الفرق بينهما فی جريان الأصل المصحح لمعلوم التاريخ. غاية الأمر أن الأصل المصحح له فی الصورة الآتية ينفی السبق فقط، و فی هذه الصورة ينفی السبق و الاقتران معاً، فيتعين جعل الصورتين بحكم واحد.

(۴) لما عرفت من جريان أصالة عدم سبق الآخر عليه، الموجب لكونها خلية، يصح تزويجها. و لا يصح جريان ذلك فی الآخر المجهول التاريخ، لما ذكر مراراً من عدم جريان الأصل فی مجهول التاريخ.

(۵) حكاه فی كشف اللثام عن المبسوط، و التحرير. و وجهه: العمل بالقواعد الأولية.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۲

الثانی: خيار الفسخ للزوجة (۱).

الثالث: أن الحاكم يفسخ (۲).

الرابع: القرعة (۳).

و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (۴). و كذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة و الآخر بأخرى، أو زوجه أحدهما بامرأة، و الآخر بنتها، أو أمها، أو أختها.

---

(۱) لم أقف عاجلا على قائل به. و كأن وجهه لزوم الضرر من هذه الزوجية، فيتدارك بالخيار، كما فی المعاملة الغبنية. لكن الضرر يلزم من ترتيب أحكام الزوجية، لا من نفس الزوجية.

(۲) جعله فی القواعد الأقوى. لأن فيه دفع الضرر. و قد عرفت إشكاله بأن الضرر لازم من أحكام الزوجية، لا من نفسها. و لو سلم كان الأولى كون الفسخ للزوجة، كما فی المعاملة الغبنية، لا للحاكم.

(۳) احتمل ذلك فی القواعد، و التذكرة.

(۴) لعموم ما دل على أن القرعة لكل أمر مشكل

«۱». لكن فی جامع المقاصد: أن القرعة لا مجال لها فی الأمور التی هی مناط الاحتياط التام، و هی الأنكحة التی يتعلق بها الأنساب، و الإرث، و التحريم. و فيه:

أن ذلك يتم إذا لم يلزم محذور به يكون الأمر مشكلًا، و بدونه لا إشكال.

و لذا ورد الرجوع الى القرعة فيما لو نزا إنسان على واحد من قطيع الغنم و اشتبه. و لزوم المحذور فی المقام ظاهر، لتزاحم الحقوق من الطرفين، فيجب على الزوج الإنفاق و الوطء فی كل أربعة أشهر، و يجب عليها بذل نفسها لزوجها. و حينئذ يكون الأقوى ما ذكره المصنف. و قد تقدم فی المسألة الثالثة و الأربعين من فصل المحرمات بالمصاهرة ما يمكن استفادة حكم المقام منه. و لأجل ذلك لم نتعرض هنا لتفصيل هذه الوجوه.

---

(۱) تقدم التعرض لما يدل عليه فی صفحة: ۱۰۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۳

و كذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل و زوجها وكيلها من آخر، أو تزوج بامرأة و زوجه و كيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما. و لو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق، و قال الآخر:

لا أدری من السابق، و صدقت المرأة المدعی للسبق، حكم بالزوجية بينهما، لتصادقهما عليها (۱).

---

(۱) قال فی القواعد: «و لو ادعى كل منهما الزوجية، فصدقه الآخر، حكم بالعقد، و توارثا». و فی كشف اللثام: «و لزومهما أحكام

الزوجیة ظاهراً، لانحصار الحق فیهما، و قد اعترفا به». و فی جامع المقاصد:

«ذلک عندنا لعموم: (إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز) .. الی أن قال: و لا- یعتبر عندنا کونهما غریبین. خلافاً للشافعی، حیث حکم بمطالبة البلدیین بالبینة، و عدم ثبوت النکاح من دونها». و الاستدلال علیه بعموم:

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» غیر ظاهر، لأن أحکام الزوجیة التی یقصد ترتیبها قد تکون علی وارثهما، أو علی أجنبی عنهما، و من المعلوم أن العموم المذکور لا یصلح لإثبات ذلک. فإذاً العمدة فی الحکم المذکور الإجماع، المعتضد بالسیرة القطعیة. و الله سبحانه و تعالی العالم العاصم، و هو حسبنا وَ نِعْمَ الْوَکِیلُ.

إلی هنا انتهی الکلام فی تنقیح و إصلاح شرح کتاب النکاح من کتاب (العروة الوثقی)، فی النجف الأشرف، فی جوار الحضرة المقدسة العلویة، علی مشرفها أفضل الصلاة و السلام، لیلة الثلاثاء، خامس عشر شهر صفر المظفر، سنة ثمانین بعد الألف و الثلاثمائة هجریة. بقلم الفقیر الی الله تعالی «محسن» خلف العلامة المرحوم السید «مهدی» الطباطبائی الحکیم، قدس سره. وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِینَ* کما هو أهله، و الصلاة و السلام علی نبیه الکریم، و آله الطاهرین، الغر المیامین.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۲۴

.....

بسمه تعالی نظراً الی أن هذه الرسالة الشریفة تشتمل علی مسألة ذات بال، کثیرة الابتلاء، و لم تحرر قبل هذا علی هذا الشکل أمر سیدنا- قدس سره- بنشرها ملحقة بکتاب النکاح من (مستمسک العروة الوثقی) لیعم نفعها. و الله سبحانه الموفق و المسدد.

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* ما یقول مولانا حجة الإسلام و المسلمین آیة الله العظمی فی العالمین السید محسن الحکیم دام ظله العالی. فی رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقاً غیر جامع للشرائط عندنا، و جامعاً للشرائط عندهم، ثمَّ استبصر، و کذا إذا طلقها ثلاثاً بإنشاء واحد، فهل له الرجوع بزوجته بعد الاستبصار، أو لا؟ افتونا مأجورین، مع بیان الدلیل علی المسألة.

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* و له الحمد الظاهر فی مفروض السؤال جواز الرجوع بزوجته المذکورة، و یقتضیه العمل بالأدلة الدالة علی بطلان الطلاق الفاقد للشرائط المقررة عندنا، لعدم ما یوجب الخروج عنها، إلا ما قد یتوهم من دلالة النصوص علی بینونة المرأة المذکورة إذا کان الزوج من المخالفین حسب ما یقتضیه مذهبه. لکن التوهم المذکور ضعیف. إذ النصوص الواردة فی الباب علی طوائف ثلاث:

الأولی: ما دل علی قاعدة الإلزام. مثل

روایة عبد الله بن جبلة عن غیر واحد عن علی بن أبی حمزة: «أنه سأل أبا الحسن (ع) عن المطلقة علی غیر السنة أ یتزوجها الرجل؟ فقال (ع): ألزموهم من ذلک ما ألزموه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۲۵

.....

أنفسهم. و تزوجوهن، فلا بأس بذلک» «۱».

و من المعلوم أن جواز الإلزام أو وجوبه لا یدل علی صحة الطلاق المذکور، و إنما یدل علی مشروعیة الإلزام بما ألزم به نفسه. و من الواضح أن الإلزام بذلک إنما یصح مع بقائه علی الخلاف، لا- مع تبصره، فإنه مع تبصره لا یلزم نفسه بالطلاق و إنما یلزم نفسه بالزوجیة، فلا یقتضی عدم مشروعیة الرجوع بها.

و مثل هذه الطائفة ما تضمن الأمر بالتزویج، مثل

صحيح ابن سنان قال: «سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدة، ثمَّ أمسك عنها حتى انقضت عدتها، هل يصلح لى أن أتزوجها؟ قال: نعم، لا تترک المرأة بغير زوج» «۲»

، و

مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمدانى إلى أبى جعفر (ع) فى من حنث بطلان امرأته غير مرة. قال (ع): «.. و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا، فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه» «۳»

، و

رواية عبد الله بن طاوس فيمن يكثر ذكر الطلاق: «.. و إن كان من هؤلاء فأبنها منه، فإنه إنما عنى الفراق» «۴»

، و

موثق عبد الرحمن البصرى عن أبى عبد الله (ع) قال: «قلت له: امرأة طلقت على غير السنة. فقال: تتزوج هذه المرأة، لا تترک بغير زوج» «۵»

، و

رواية عبد الله بن محرز الواردة فى الأخذ بالتعصيب: «خذوا منهم كما يأخذون منكم فى سنتهم» «۶»

، و

فى روايته الأخرى: «خذهم بحقك فى أحكامهم و سنتهم، كما يأخذون منكم فيه» «۷».

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ۱۱.

(۵) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ۳.

(۶) الوسائل باب: ۴ من أبواب ميراث الاخوة حديث: ۱.

(۷) الوسائل باب: ۴ من أبواب ميراث الاخوة حديث: ۲.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۶

.....

فإن الأمر بالتزويج، و الاختلاع، و الإبانة، و الأخذ، لا يدل على الصحة، بل من الجائز تشريع تزويج زوجة المخالف، فتخرج عن الزوجية بذلک، نظير استرقاق الكافر الذى هو حر قبل الاسترقاق، و حيازة المباح الموجبة لملكية المباح قبل الحيازة، و استرقاق زوجة الكافر، فتكون أم ولد للمسترق، و إن كانت قبل ذلک زوجة للكافر. و من المعلوم أن ارتكاب ذلک فى مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط. بل هو مقتضى الجمع العرفى بين الأدلة الأولية و بين هذه النصوص، و

صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع): «سألته عن الأحكام. قال (ع):

يجوز على أهل كل ذوى دين ما يستحلون» «۱»

، فان المقصود ليس نفوذ ذلک لهم، و إنما هو نفوذ ذلک لغيرهم، يعنى: إذا كان يستحل تزويج المطلقة ثلاثاً يجرى ذلک الاستحلال عليه لغيره، فيجوز تزويج مطلقته ثلاثاً، و إذا كان يستحل الأخذ بالتعصيب يجرى ذلک لغيره، فيجوز لغيره الأخذ

بالتعصیب. فالمقصود هو الحلیة لغیره علیه، لا الحلیة له علی غیره.

و لذلک عبر (ع) بقوله:

«علی أهل ..»

و لم یقل: «لأهل ..»،

فالجواز و الحل یکون لغیرهم علیهم، لا لهم علی غیرهم. فلیس فیه تنفیذ دین کل أهل دین، بل الإلزام لهم، و الإحلال لغیرهم علیهم. فالصحیح نظیر: «ألزموهم ..».

الطائفة الثانیة: ما تضمنت اللزوم دون الإلزام، مثل ما

فی روایة عبد الله بن طاوس المتقدمة: «قلت: أ لیس قد روی عن أبی عبد الله (ع) أنه قال: إیاکم و المطلقات ثلاثاً فی مجلس، فإنهن ذوات الأزواج؟ فقال:

ذلک من إخوانکم لا من هؤلاء، إنه من دان بدین قوم لزمته أحکامهم».

و

روایة عبد الأعلی عن أبی عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل یطلق

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب میراث الاخوة حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۲۷

.....

امرأته ثلاثاً. قال (ع): إن کان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلک» «۱»

، بناء علی أن المراد من الاستخفاف بالطلاق عدم اعتبار الشرائط فیه، و أن المراد لزوم ذلک له. و ربما یوجد بهذا المضمون غیر هاتین الروایتین.

و دلالتها علی صحة الطلاق أیضاً غیر ظاهرة، فان اللزوم أعم.

و لا سیما بملاحظة لزوم التعارض بین تطبیقی الحدیث فیما لو کان أحد الزوجین مخالفا، و الآخر مستبصراً، فان المستبصر یدین بفساد الطلاق، و المخالف یدین بصحته، و لا یمکن الجمع بین الحکمین، لان الطلاق لا یقبل الوصف بالصحة و الفساد من جهتین، فلا بد أن یکون المراد مجرد الحکم علی من دان منهما بما دان، فاذا تبصر المخالف و صارا معاً متبصرین، کان مقتضی الحدیث جواز ترتیب أحکام الزوجیة منهما، لأنهما معاً یدینان بذلک.

الطائفة الثالثة: ما تضمن تحریم المطلقة ثلاثاً علی الزوج إذا کان یعتقد ذلک.

کروایة الهیثم بن أبی مسروق عن بعض أصحابه، قال: «ذکر عند الرضا (ع) بعض العلویین ممن کان ینتقصه، فقال: أما انه مقیم علی حرام. قلت: جعلت فداک کیف و هی امرأته؟ قال (ع):

لأنه قد طلقها. قلت: کیف طلقها؟ قال (ع): طلقها، و ذلک دینه، فحرمت علیه» «۲».

فان التحریم یقتضی نفوذ طلاقه. و هذه الروایة- مع ضعف سندها، و قصور دلالتها، لعدم تعرضه أن طلاقها کان علی خلاف المشروع- لا تصلح لإثبات نفوذ الطلاق غیر الجامع للشرائط إذا کان مذهب المطلق ذلک، لأن التحریم علیه أعم، کما عرفت فی دلالة الطائفة الثانیة، فإن من الجائز أن یکون التحریم بما أنه دینه، و لو استبصر فصار دینه حلیة الزوجة کانت له حلالًا، بل قوله (ع):

«و ذلک دینه»

ظاهر

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حدیث: ۷.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۸

.....

فی ذلک، فیدل على التحلیل لو استبصر. و مثل الروایة المذکورة

روایة محمد بن عبد الله العلوی قال: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن تزویج المطلقات ثلاثاً. فقال (ع) لی: إن طلاقکم الثلاث لا یحل لغیرکم، و طلاقهم یحل لکم، لأنکم لا ترون الثلاث شیئاً، و هم یوجبونها» «۱».

و الذی یتحصل من هذه الأخبار: لزوم العمل على من تدین بدینه على حسب دینه، و جواز إلزامه بذلک و کلا الأمرین لا یقتضیان التحریم فی مورد السؤال المذکور. نعم

فی صحیحة محمد بن إسماعیل بن بزیع: «سألت الرضا (ع) عن میت ترک أمه، و اخوة، و أخوات، فقسم هؤلاء میراثه، فأعطوا الأم السدس، و أعطوا الاخوة و الأخوات ما بقی.

فمات بعض الأخوات، فأصابنی من میراثه. فأحببت أن أسألک هل یجوز لی أن آخذ ما أصابنی من میراثها على هذه القسمة، أم لا؟ فقال: بلى.

فقلت: إن أم المیت- فیما بلغنی- قد دخلت فی هذا الأمر، أعنی:

لدین. فسکت قلیلًا. ثمَّ قال (ع): خذه» «۲».

فقد یتوهم منها أن الاستبصار لا یوجب تغیر الحکم. و فیه: أنه لا ریب فی أن مقتضى قاعدة الإلزام جواز أخذ الأخوات من الأم إلزاماً لها بما تدین. و بعد الأخذ و التملک لا یستوجب الاستبصار تبدل الحکم، فان من تزوج المطلقة ثلاثاً على غیر السنة کان تزویجه صحیحاً، و تخرج به عن الزوجیة للمطلق، فاذا استبصر لا یبطل التزویج الثانی. و کذا إذا أخذ الأخ بالعصبة، فاستبصرت البنت، أو الأم، أو الأخوات، لا یوجب استبصارهن رجوع المال الى ملکهن. غایة الأمر أن مفاد الروایة عموم القاعدة لإلزام المخالف الآخر، و لا تختص بإلزام الموافق للمخالف، لا غیره. و لا مانع

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق حدیث: ۹.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب میراث الأخوة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۲۹

.....

من الالتزام بعموم الإلزام، کما یقتضیه خبر عبد الله بن طاوس المتقدم

، بل و صحیح محمد بن مسلم المتقدم

، کما یظهر بالتأمل فیه.

ثمَّ إنه

قد روی عثمان بن عیسی عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله (ع):

«أنه قال: إیاکم و ذوات الأزواج المطلقات علی غیر السنة. قال: قلت له: فرجل طلق امرأته من هؤلاء و لی بها حاجة. قال: فیلقاه بعد ما طلقها و انقضت عدتها عند صاحبها، فیقول له: أطلقت فلانة؟ فإذا قال: نعم فقد صارت تطلیقة علی طهر. فدعها من حین طلقها تلک التطلیقة حتی تنقضی عدتها، ثمَّ تزوجها و قد صارت تطلیقة بائنة» «۱»

، و نحو ذلک روایة إسحاق بن عمار عن أبی عبد الله (ع)

«۲». و ظاهرهما عدم جواز الإلزام بما التزم به لکن تضمنت صحة الطلاق بقول الزوج:

«نعم» بعد السؤال منه: هل طلقت زوجتک فلانة؟ و مثلها فی ذلک غیرها. و هی مهجورة عند الأصحاب، و إن عمل بها جماعة.

و من ذلک تعرف أن الطلاق الواقع منهم لیس صحیحاً، و إنما اقتضی إلزامهم به بما أنه مذهبهم، فاذا تبصرا خرج عن کونه مذهبهم، فلا موجب للإلزام به.

و قد یستدل علی ذلک

بروایة علی بن سوید عن أبی الحسن موسی (ع) فی حدیث: «أنه کتب إلیه یسأله عن مسائل کثیرة. فأجابه بجواب هذه نسخته: بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ*

.. الی أن قال:

و سألت عن أمهات الأولاد، و عن نکاحهم و طلاقهم. فأما أمهات الأولاد فهن عواهر الی یوم القیامة، نکاح بغیر ولی، و طلاق فی غیر عدة. فلما من دخل فی دعوتنا فقد هدم إیمانه ضلاله، و یقینه شکه» «۳»

، بناء علی أن المراد

---

(۱) الوسائل باب: ۳۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳۱ من أبواب مقدمات الطلاق حدیث: ۲.

(۳) روضة الکافی الجزء: ۸ الصفحة: ۱۲۵ طبعة إیران الحدیثة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۰

.....

منه أن الاستبصار یهدم ما قبله. فالتحریم الثابت للمطلق ثلاثاً یتبدل بالتحلیل. لکن لا یخلو عن إشکال و غموض، لعدم وضوح رجوع هذه الفقرة الی ما ذکر، بل من المحتمل رجوعها إلی مسألة أخری غیر هذه المسألة، فلا تنفع فیما نحن فیه.

و یعضد ظاهر النصوص المذکورة ما هو ظاهر الفقهاء- قدس سرهم- من الإجماع علی عدم توارث المسلمین بالسبب الفاسد، و إن کان صحیحاً بنظر المتوارثین. فمن تزوج أمه من الرضاعة لا یرثها، و إن کان مذهبه صحة التزویج. نعم اختلفوا فی توارث المجوس، و المنسوب الی أکثر المتأخرین عدم توارثهم بالسبب الفاسد. و قیل بالتوارث به بینهم. و نسب إلی جماعة من القدماء و المتأخرین. أما فی توارث المسلمین فلا خلاف عندهم فی عدم صحة السبب إذا کان مخالفاً للواقع، و إن کان صحیحاً بنظر المتوارثین.

و مقتضی ذلک عدم الخلاف فی توارث الزوجین المذکورین، و إن اعتقدا صحة طلاق الثلاث، فکیف إذا عدلا عن هذا الاعتقاد الی اعتقاد بطلان طلاق الثلاث؟! و الموثق: «لکل قوم نکاح»

«۱»، لا بد أن یکون محمولا علی صحة النسب، لأن المتولد من وطء الشبهة کالمتولد من الوطء بالعقد، یصح انتسابه الی الواطئ و الموطوء شرعاً و عرفاً. بل لو لا النص علی نفی ولد الزنا کان اللازم البناء علی صحة انتسابه إلی الزانی و المزنی بها، فیکون دلیل

النفی هو المانع من صحة الانتساب، و هو غیر موجود فی وطء الشبهة. و من ذلک تعرف أن البناء علی جواز الرجوع فی المسألة ینبغی أن یکون مما اتفق علیه ظاهر النصوص و الفتاوی، و إن کانت المسألة غیر محررة فی کلماتهم بالخصوص.

و مما یتفرع علی ذلک: أن المستبصر إذا تزوج امرأة من المخالفین فطلقها

---

(۱) الوسائل باب: ۸۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۱

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ*

[کتاب الوصیة]

اشارة

کتاب الوصیة

[فصل فی أحکام الوصیة]

اشارة

و هی إما مصدر «وصی یصی» بمعنی الوصل (۱)، حیث أن الموصی یصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحیاة و إما اسم مصدر بمعنی العهد من «وصی یوصی توصیة»

الطلاق الثلاث غیر الجامع للشرائط بحسب مذهبنا، لم تخرج عن الزوجیة، و جاز له مراجعتها. فاذا مات کان علیها عدة الوفاة، و لا یجوز تزویجها فی العدة. و لیس لها المطالبة بالمیراث، عملًا بقولهم (ع):

«ألزموهم ..»

. و لو لم ترض الزوجة بالرجوع إلا بعقد جدید فالحکم کذلک. و مما یشهد لما ذکرنا ما ورد فی المجوسی إذا أسلم علی سبع أنه یمسک أربعاً، و یطلق ثلاثاً

«۱». فإنه ظاهر فی أن إقراره علی دینه و نفوذ ما یعتقده علیه یختص بما قبل الاستبصار. أما بعده فیجری علیه الحکم الأولی. و الله سبحانه و تعالی العالم. وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِینَ*.

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ*

(۱) قال فی المبسوط: «الوصیة مشتقة من وصی یصی، و هو من الوصل، قال الشاعر:

نصی اللیل بالأیام حتی صلاتنا مقاسمة یشتق أنصافها السفر

---

(۱) الوسائل باب: ۶ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۲

.....

هو معناه یصل تصرفه بما یکون بعد الموت ما قبل الموت، و نحوه ما فی السرائر، غیر أنه نسب البیت إلی ذی الرمة، کما نسبه إلیه أیضاً الجوهری فی الصحاح، و فی التذکرة فی الوصیة: «هی مشتقة من قولهم:

وصی إلیه بکذا یصیه صیةً، إذا وصل به. و أرض واصیة متصلة النبات فسمی هذا التصرف وصیة، لما فیه من وصلة القربة بعد الموت بالقربات المنجزة فی الحیاة، فکأنه وصل تصرفه فی حیاته بتصرفه بعد مماته»، و نحوه فی جامع المقاصد. و عن بعض أهل اللغة. و ظاهرهم الجزم بأن الوصیة مأخوذة من الثلاثی بمعنی الوصل. و فی الروضة: «الوصیة مأخوذة من وصی یصی، أو أوصی یوصی، أو وصی یوصی. و أصلها الوصل، سمیت به لما فیه من وصلة التصرف فی حال الحیاة به بعد الوفاة»، و نحوه فی الریاض. و ظاهرهما التردد فی أن الوصیة مأخوذة من الثلاثی أو من الرباعی، و تبعهما علی ذلک المصنف.

لکن الذی یظهر من الصحاح و القاموس أن الثلاثی بمعنی الوصل لا غیر، و الرباعی سواء کان مضاعفا- کوصی توصیة- أم مهموزاً- کأوصی إیصاءً- بمعنی العهد لا غیر. و الوصیة لا تکون إلا بالمعنی الثانی کما هی کذلک فی القرآن المجید، مثل قوله تعالی (وَصِیَّةً لِأَزْوٰاجِهِمْ) «۱» و (مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ) و (مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ یُوصِینَ بِهٰا أَوْ دَیْنٍ) و (مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ تُوصُونَ بِهٰا أَوْ دَیْنٍ) «۲»، و غیر ذلک، فلم تذکر الوصیة إلا بمعنی العهد بقرینة السیاق، فهی اسم مصدر للإیصاء أو التوصیة، لا مصدر «وصی یصی» فإن مصدره «الوصی» و لم یذکر الوصیة مصدراً له فی القاموس و الصحاح، و إنما ذکر المصدر

---

(۱) البقرة: ۲۴۰.

(۲) النساء: ۱۱، ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۳

.....

و هو الوصی لا غیر.

و من ذلک یظهر ضعف التردد من المصنف و من سبقه فی مبدأ اشتقاق الوصیة، و المتعین الجزم بالثانی، کما هو کذلک فی القرآن المجید. و أما ما ذکره الشیخ و من وافقه فمرادهم أن الرباعی مأخوذ من الثلاثی، کما أشار إلی ذلک فی الروضة و الریاض أیضاً، لا أن الوصیة اسم مصدر ل «وصی یصی»، و إلا فهو ممنوع، کما عرفت. و إن کان الأول أیضاً محل إشکال، کیف و الرباعی أیضاً بمعنی العهد لا غیر، کما یظهر من موارد الاستعمال فی القرآن المجید، مثل قوله تعالی فی سورة الأنعام (إِذْ وَصّٰاکُمُ اللّٰهُ بِهٰذٰا) «۱» و فیها أیضاً: (ذٰلِکُمْ وَصّٰاکُمْ بِهِ لَعَلَّکُمْ تَعْقِلُونَ .. ذٰلِکُمْ وَصّٰاکُمْ بِهِ لَعَلَّکُمْ تَذَکَّرُونَ .. ذٰلِکُمْ وَصّٰاکُمْ بِهِ لَعَلَّکُمْ تَتَّقُونَ) «۲»، و فی غیرها من السور (وَ لَقَدْ وَصَّیْنَا الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ) «۳» (وَ وَصَّیْنَا الْإِنْسٰانَ بِوٰالِدَیْهِ حُسْناً) «۴». (وَ وَصَّیْنَا الْإِنْسٰانَ بِوٰالِدَیْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ) «۵» (وَ مٰا وَصَّیْنٰا بِهِ إِبْرٰاهِیمَ وَ مُوسیٰ) «۶» (وَ أَوْصٰانِی بِالصَّلٰاةِ وَ الزَّکٰاةِ) «۷» (أَ تَوٰاصَوْا بِهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ طٰاغُونَ) «۸» .. إلی غیر ذلک من الموارد التی ذکر فیها الإیصاء و التوصیة فی الکتاب و السنة و العرف العام مما لا یحصی، من

---

(۱) الأنعام: ۱۴۴.

(۲) الانعام: ۱۵۱، ۱۵۲، ۱۵۳.

(۳) النساء: ۱۳۱.

(۴) العنکبوت: ۸.

(۵) لقمان: ۱۴.

(۶) الشورى: ۱۳.

(۷) مريم: ۳۱.

(۸) الذاريات: ۵۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۳۴

أو «أوصى يوصى إيصاء». و هى إما تمليكية أو عهدية (۱) و بعبارة أخرى: إما تمليك عين أو منفعة، أو تسليط على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه. و تنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

دون ملاحظة الوصل بين شيئين، فضلا عن الحياة و الممات.

و المتحصل مما ذكرنا أمران: (الأول): أن الوصية مأخوذة من الرباعى اسم مصدر، لا مصدر للثلاثى، و لا اسم مصدر له، و لا ترتبط به. (الثانى): أن الرباعى و الثلاثى مادتان متباينتان ليس بينهما أى نوع من الاشتقاق، الثلاثى بمعنى الوصل و الرباعى بمعنى العهد مطلقاً.

هذا بحسب اللغة و العرف العام، و أما بحسب عرف الفقهاء و المتشرعة فالوصية هى العهد فى حال الحياة بما بعد الوفاة. و الوجه فى هذا الاصطلاح ليس هو ملاحظة وصل الممات بالحياة، بل المتابعة للقرآن المجيد، حيث عبر عن العهد المذكور بالوصية، مثل ما تقدم و قوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ ..) «۱»،

و قوله تعالى (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْواجاً وَصِيَّةً لِأَزْواجِهِمْ) «۲» و غير ذلك، فهذا التعبير عن العهد الخاص بالوصية هو الذى دعا إلى الاصطلاح المذكور. فلا تستعمل الوصية فى عرف الفقهاء و فى عرف المتشرعة إلا بالعهد الخاص.

(۱) قال فى الشرائع: «و هى (يعنى: الوصية) تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة»، و نسب ذلك إلى أكثر الأصحاب. و يشكل: بأنه غير جامع لخروج الوصية بالولاية على الثلث، و بالولاية على الأطفال و المجانين الذين

---

(۱) البقرة: ۱۸۰.

(۲) البقرة: ۲۴۰.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۳۵

.....

تجوز له الوصية عليهم، مع أنها من الوصية. و لذلك أضيف إليه فى النافع و غيره قوله: «أو تسليط على تصرف بعد الوفاة»، بل فى النافع و عن التذكرة زيادة قيد المجانية، لإخراج الوصية بالبيع و التمليك المعاوضى لكن ادعى فى الجواهر انصراف التمليك فى التعريف إلى المجانى، فلا يحتاج إلى القيد المذكور. و لا يخلو من تأمل.

و فى المسالک: «و ينتقض فى عكسه أيضاً بالوصية بالعتق، فإنه فك ملک لا تمليک للعبد نفسه. و كذلک التدبير على القول بأنه وصية- كما ذهب إليه الأكثر- و الوصية بإبراء المديون و بوقف المسجد، فإنه فك ملک، و بالوصية بالمضاربة و المساقاة، فإنهما و إن أفادا ملک العامل للحصة من الربح و الثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلک، و قد لا يحصل ربح و لا ثمرة، فينتفى التمليک».

و فيه: المنع من صحة الوصية بما ذكر عدا التدبير، الذى دل عليه الدليل. و أما غيره مما ذكر فلا دليل على صحة الوصية فيه، للإجماع على بطلان الإنشاء المعلق، بلا فرق بين أن يكون المعلق عليه الموت و غيره، فلا يصح الوقف المعلق على الموت، و لا الإبراء المعلق

علی الموت و لا المضاربة و المساقاة کذلک. و دعوی: اختصاص مانعیة التعلیق بالبیع المعلق علی غیر الموت- کما فی الجواهر- غیر ظاهرة، کما یظهر من ملاحظة کلماتهم فی وجه مانعیة التعلیق. فلاحظه.

و مثلهما ما فیها من دعوی کون الوجه فی بطلان البیع المعلق علی الموت عدم صدق الوصیة علیه، لانصرافها إلی التملیک المجانی، فالمرجع فیه أصالة عدم ترتب الأثر. إذ فیها: أنه یکفی فی الصحة صدق البیع و عمومات صحته بعد أن لم یکن التعلیق علی الموت مانعاً عن صحته، کما ادعاه مضافاً إلی أن عمومات صحة الوصیة و لزوم العمل بها- کما علیه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۶

[(مسألة ۱): الوصیة العهدیة لا تحتاج إلی القبول و کذا الوصیة بالفک، کالعتق]

(مسألة ۱): الوصیة العهدیة لا تحتاج إلی القبول (۱) و کذا الوصیة بالفک، کالعتق. و أما التملیکیة فالمشهور علی

الأصحاب، المستفاد من قوله تعالی (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ) «۱» بملاحظة الاستشهاد به فی بعض النصوص علی لزوم العمل بالوصیة فی غیر مورده- کافیة فی دعوی الصحة. و لا وجه لدعوی اختصاص العموم بالتملیک المجانی، کما سبق. بل لا وجه لاختصاصه بالتملیک، إذ لا موجب لهذا التخصیص، فیشمل جمیع أنواع الإیقاعات و العقود. و لأجل عدم بنائهم علی ذلک یتضح أن الوجه فیه هو التعلیق الممنوع إلا فیما دل الدلیل علی خلافه، و هو التملیک المجانی، و التسلیط علی التصرف- المعبر عنه بالوصایة- و التدبیر، و المضاربة بمال الصغیر، و غیر ذلک مما دل علیه الدلیل بالخصوص و عمل به الأصحاب.

(۱) هذا مما لا ینبغی الإشکال فیه، و إن کان المحکی عن القواعد و جامع المقاصد و المسالک و غیرها: أنها عقد، و فی الحدائق: أنه المشهور فی کلامهم، بل ظاهرهم الاتفاق علیه. انتهی. لکنه غیر ظاهر، بل فی الجواهر: أنها بهذا المعنی لیست من العقود قطعاً، بل ضرورة. انتهی.

و یقتضیه ما دل علی وجوب العمل بالوصیة علی الموصی إلیه إذا لم یرد أو إذا رد و لکن لم یبلغ الموصی الرد، فان ذلک ینافی اعتبار القبول تنافیا ظاهراً. و من ذلک تعرف منافاة بناء المشهور علی ذلک مع بنائهم علی کونها عقداً. و لأجل ذلک قال فی الدروس: «و علی ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الرد لا عبرة بقبول الوصی و عدمه، بل العبرة بعدم الرد الذی یبلغ الموصی فإن حصل و إلا ألزم».

---

(۱) البقرة: ۱۸۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۷

أنه یعتبر فیها القبول (۱) جزءاً. و علیه تکون من العقود. أو شرطاً- علی وجه الکشف أو النقل- فیکون من الإیقاعات.

---

(۱) الذی یظهر من المسالک فی تحریر المسألة هو أن القبول جزء أو شرط لانتقال المالک إلی الموصی له من حینه، أو جزء أو شرط لانتقال الملک إلی الموصی له و لو من حین العقد، أو أنه لا دخل له فی انتقال الملک بل ینتقل الملک بمجرد الموت، لکنه متزلزل، فاذا حصل القبول استقر.

فیه أقوال ثلاثة. نسب الأول فی المسالک إلی العلامة فی المختلف، و نسب أیضاً إلی المحقق فی الشرائع و جماعة. و فی المسالک: نسب الثانی إلی الأکثر، و نسبه غیره إلی المشهور. و فی کلام شیخنا الأعظم أنه مخالف لإطلاق المشهور. بل کل من جعله عقداً. و القول الثالث محکی عن موضع من المبسوط، و قد یظهر من عبارة الخلاف، و قد یحکی عن ابن الجنید أیضاً.

لکن فی موضع من المبسوط ضعفه، و جعل الأقوی الأول.

و یظهر من تحریر المسألة علی ما ذکر أن الاحتمالات خمسة: کون القبول شرطاً ناقلا، و کونه شرطاً کاشفاً، و کونه جزءاً ناقلا، و کونه جزءاً کاشفاً، و کونه شرطا فی استقرار الملک و لا دخل له فی ثبوته. و القول بشرطیة القبول کاشفاً أو ناقلا لم یعرف قائله، و إن استظهره شیخنا من عبارة الشرائع: «و ینتقل بها الملک إلی الموصی له بموت الموصی و قبول الموصی له»، لأن الموت شرط قطعا، فسیاق القبول مساقه یقتضی کونه شرطاً أیضاً. و فیه تأمل. و الاحتمالات الثلاثة الأخری قد عرفت القائل به. و المصنف (قده) حرر المسألة علی شکل آخر، و لم یتعرض للقول الثالث و ذکر احتمالا أو قولا آخر و اختاره، و هو عدم دخل القبول فی الملک و لا فی استقراره، بل الرد مانع عنه، فاذا لم یقبل الموصی له و لم یرد ثبت الملک.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۸

.....

هذا و کأن الوجه فی جزئیة القبول ما طفحت به عباراتهم من کون الوصیة التملیکیة من العقود مما یظهر منه أنه إجماعی. و یشکل بما ذکروه من اعتبار التوالی بین الإیجاب و القبول، و أن موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فکیف یصدق العقد فی المقام؟ و یظهر من شیخنا الأعظم: أن الوجه فیه أصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول. و فیه- مع أنه لا یقتضی الجزئیة بل ما هو أعم منها و من الشرطیة-: أنه لا مجال للأصل مع الدلیل، و هو إطلاقات نفوذ الوصیة و صحتها. و دعوی:

أنها مسوقة لبیان حکم الوصیة بعد إحراز ما یعتبر فیها من شرائط الموصی و الموصی له و الموصی به. فیها: أن ذلک خلاف إطلاقها. و لا سیما بعد قوله تعالی: (فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً ..) «۱» الظاهر فی استثناء ذلک من عموم حرمة التبدیل و نفوذ الوصیة، فإن الاستثناء دلیل العموم، نظیر

قوله (ع): «الصلح جائز بین المسلمین إلا ما حلل حراماً أو حرم حلالا» «۲»

فان الاستثناء فیه دلیل علی عموم القابلیة. فلاحظ.

و من ذلک أیضا یظهر ضعف ما عن غیر واحد من أن الوجه فیه أنه خلاف قاعدة السلطنة علی النفس. إذ فیه أیضاً أنه لا یقتضی الجزئیة بالخصوص و أن عموم نفوذ الوصیة مقدم علی القاعدة، و إن کان بینهما عموم من وجه، و الأصل فی مورد المعارضة بینهما هو التساقط و الرجوع إلی دلیل آخر، لاختصاص ذلک بما إذا لم یظهر لأحد الدلیلین خصوصیة تستدعی التقدیم کما فی المقام، و من ذلک یظهر لک دلیل شرطیة القبول و ضعفه أیضاً. فإذاً القول بعدم جزئیة القبول أو شرطیته أقوی.

---

(۱) البقرة: ۱۸۲.

(۲) مستدرک الوسائل باب: ۳ من أبواب الصلح حدیث: ۱، الوسائل باب: ۳ من أبواب الصلح حدیث: ۲. مع اختلاف یسیر فی متن الحدیث.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۳۹

و یحتمل قویا عدم اعتبار القبول فیها، بل یکون الرد مانعاً (۱)، و علیه تکون من الإیقاع الصریح. و دعوی: أنه یستلزم الملک القهری، و هو باطل (۲) فی غیر مثل الإرث. مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلا، و مقتضی عمومات الوصیة ذلک. مع أن الملک القهری موجود فی مثل الوقف.

[(مسألة ۲): بناء علی اعتبار القبول فی الوصیة یصح إیقاعه بعد وفاة الموصی بلا إشکال]

(مسألة ۲): بناء على اعتبار القبول فی الوصیة یصح إیقاعه بعد وفاة الموصی بلا إشکال (۳)، و قبل وفاته على الأقوى (۴). و لا وجه لما عن جماعة (۵) من عدم صحته حال الحیاة، لأنها تملیک بعد الموت، فالقبول قبله کالقبول قبل

---

(۱) فی الجواهر: «الإجماع بقسمیه علیه» و تکرر فی کلام شیخنا الأعظم دعواه الإجماع علیه، و فی الحدائق: «ظاهرهم الاتفاق علیه». و هذا هو الدلیل علیه، و إلا فإطلاق الأدلة مانع عنه أیضاً.

(۲) لما عرفت من کونه خلاف قاعدة السلطنة، أو لکونه عدیم النظیر. و الأول عرفت الجواب عنه، و الثانی إشکاله ظاهر، لعدم صلاحیته لإثبات حکم فی مقابل الأدلة.

(۳) فی المسالک: «حیث اعتبرنا قبول الموصى له فقبل بعد وفاة الموصی فلا إشکال فی اعتبار قبوله» و فی الحدائق: أنه لا إشکال و لا خلاف فیه.

(۴) نسبه فی المسالک إلى الأکثر.

(۵) منهم العلامة و جامع المقاصد، قال الأول فی القواعد: «و تفتقر إلى إیجاب .. (إلى أن قال): و قبول بعد الموت. و لا أثر له لو تقدم ..». و علله فی الثانی: بأنه لو قبل فی حال الحیاة لم یطابق القبول

مستمسک العروة الوثقى، ج‌۱۴، ص: ۵۴۰

الوصیة، فلا محل له، و لأنه کاشف أو ناقل، و هما معاً منتفیان حال الحیاة. إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل، فیمکن القبول المطابق له. و الکشف و النقل إنما یکونان بعد تحقق المعلق علیه، فهما فی القبول بعد الموت، لا مطلقاً.

[(مسألة ۳): تتضیق الواجبات الموسعة بظهور أمارات]

(مسألة ۳): تتضیق الواجبات الموسعة بظهور أمارات

الإیجاب. فإن قیل: المراد بقبوله التملیک بعد الموت. قلنا: ما قبل الموت لما لم یکن متعلق الإیجاب وجب أن لا یعتد بالقبول الواقع فیه، کما لو باعه ما سیملکه فقبل. و لأن القبول إما کاشف أو جزء السبب، على کل تقدیر یمتنع اعتباره قبل الموت، أما إذا جعل کاشفا فلأن الکاشف عن الملک وجب أن یتأخر عنه، و یمتنع الملک قبل الوفاة. و أما إذا جعل جزء سبب فلأنه إذا تمَّ العقد وجب أن یترتب علیه أثره، و هو هنا ممتنع قبل الموت. و لقائل أن یقول: لم لا یجوز أن یکون شرطاً لحصول الملک بالعقد؟ کالبیع، فإنه لا یثمر الملک إلا بعد انقضاء مدة الخیار على رأی الشیخ. و جوز ابن إدریس القبول قبل الموت و بعده، و یلوح من الدروس اختیاره. و مختار المصنف (ره) أقوى .. إلخ.

و الاشکال علیه- کما ذکره المصنف- ظاهر، بل من العجیب التفکیک بین الإیجاب و القبول، بحیث یصح الإیجاب، و لا یصح القبول المتعلق به، مع أن القبول هو الرضا بمضمون الإیجاب، فإذا جاز التعلیق فی الإیجاب جاز التعلیق فی القبول أیضاً، فکیف لا یکون القبول مطابقاً للإیجاب؟ و کیف لا یکون معتداً به إذا وقع قبل الوفاة لأنه لم یکن متعلق الإیجاب؟ و أما المثال الذی ذکره فلا یصح الإیجاب فیه و لا القبول لمانع فیه بالخصوص، لا کمثل المقام.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

مستمسک العروة الوثقى؛ ج‌۱۴، ص: ۵۴۱

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۴۱

الموت (۱)، مثل قضاء الصلوات و الصیام و النذور المطلقة و الکفارات و نحوها، فیجب المبادرة إلی إتیانها مع الإمکان.

و مع عدمه یجب الوصیة بها، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفریغ الذمة بما أمکن فی حال الحیاة، و إن لم یجز فیها النیابة فبعد الموت تجری فیها یجب التفریغ بها بالإیصاء (۲) و کذا یجب رد أعیان أموال الناس التی کانت عنده (۳)، کالودیعة و العاریة و مال المضاربة و نحوها. و مع عدم الإمکان

---

(۱) لأن الواجبات الموسعة إنما یجوز التأخیر فیها لأن لها أفراداً طولیة، فیجوز عقلا ترک الأول و الإتیان بالثانی، و ترک السابق و الإتیان باللاحق، فاذا شک فی الموت و البقاء فقد شک فی وجود فرد لاحق و حینئذ یدور الأمر بین التعیین و التخییر، و فی مثله یحکم العقل بالتعیین، و إن قیل بالتخییر عند الدوران بین التعیین و التخییر الشرعی، لأن التخییر فی المقام عقلی، و مع الشک فی التخییر العقلی یحکم بالتعیین، لان ترک الفرد السابق المعلوم الفردیة موجب لاحتمال الضرر من دون مؤمن منه ما دام لم یعلم وجود الفرد الآخر. و مقتضی ذلک لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمکن من الفرد الآخر و إن لم تکن أمارة علی عدمه و لا ظن بعدمه، إلا أن الإجماع القولی و العملی اقتضی جواز التأخیر مع عدم الظن بالضیق.

(۲) أما مع العلم بالعمل بالوصیة فظاهر، لأنه نوع من التفریغ للذمة، و أما مع عدم العلم فلوجوب العمل عقلا مع الشک فی القدرة، و لا یجوز ترک العمل حینئذ لاحتمال عدم القدرة.

(۳) کما فی الجواهر فی کتاب الودیعة، حاکیاً له عن التذکرة، مستدلا علیه بإطلاق ما دل علی وجوب رد الودیعة من الاخبار الکثیرة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۴۲

.....

التی عقد لها فی الوسائل باباً فی کتاب الودیعة، فإن هذا الإطلاق کسائر الخطابات المطلقة التی تتضیق بظن الوفاة. لکن المذکور فی الشرائع وجوب الاشهاد، و فی الجواهر: «صرح به غیر واحد، بل لا أجد فیه خلافاً بینهم. نعم فی القواعد إبدال ذلک بالوصیة بها. و لعله یرید ذلک».

أقول: الرد و التودیع متنافیان، إذ التودیع استنابة فی الحفظ، و هو یقتضی الاستیلاء علی العین علی وجه المحافظة. و هو یتنافی مع الرد، فلا بد أن یکون المراد من رد الأمانة و الودیعة الواجب هو ردها عند انتهاء الاستیداع، إما بالمطالبة، و إما بانتهاء المدة المفروضة للاستیداع، و المفرض فی المقام انتفاء الأمرین معاً، فلا یصلح دلیل وجوب الرد للأمانات و الودائع للمرجعیة فیه.

و قد اختلف کلام التذکرة فی ذلک، ففی مسألة قال: «إذا مرض المستودع مرضاً مخوفا، أو حبس لیقتل، وجب علیه الإیصاء بالودیعة. و إن تمکن من صاحبها أو وکیله وجب علیه ردها إلیه. و إن لم یقدر علی صاحبها و لا- علی وکیله ردها إلی الحاکم ..». و قال فی الفرع الثالث من فروع المسألة: «الأقرب الاکتفاء بالوصیة و إن امکنه الرد علی المالک لأنه مستودع لا یدری متی یموت، فیستصحب الحکم. و یحتمل أنه یجب علیه الرد إلی المالک و وکیله عند المرض» ثمَّ قال: «و هو قول أکثر الشافعیة». لکن یظهر من کلامه الثانی وجوب الرد مع العلم بالموت.

لکن عرفت أنه غیر ظاهر من الدلیل، و مخالف للمشهور من فتاوی الأصحاب. و حملها فی الجواهر علی إرادة بیان القضیة المهملة، یعنی:

بیان وجوب الاشهاد فی الجملة و لو عند عدم التمکن من الرد. غیر ظاهر و لا داعی إلیه بعد ما عرفت.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۴۳

یجب الوصیۀ بها. و کذا یجب أداء دیون الناس الحالۀ (۱)، و مع عدم الإمکان أو مع کونها مؤجلۀ، یجب الوصیۀ بها (۲) إلا إذا کانت معلومۀ (۳)، أو موثقۀ بالإسناد المعتبرۀ. و کذا إذا کان علیه زکاة أو خمس أو نحو ذلک، فإنه یجب علیه أداؤها أو الوصیۀ بها (۴). و لا فرق فیما ذکر بین ما لو کانت له ترکۀ أو لا إذا احتمل وجود متبرع أو أداؤها من بیت المال.

---

(۱) لقاعدۀ السلطنۀ المانعۀ من التصرف فی الدین بحبسه عن مالکه، لأن حبسه عنه خلاف قدرته علیه، و خلاف ما دل علی حرمۀ حبس الحقوق عن أهلها المعدود من الکبائر، فلا یتوقف وجوب الرد علی المطالبۀ الموجبۀ لکراهۀ بقائه فی الذمۀ، فإنه لا فرق فی حرمۀ التصرف فی ملک الغیر بین أن یکون مع کراهته للتصرف و بین أن یکون لعدم إذنه فیه. نعم إذا أذن المالک ببقاء الدین فی الذمۀ لم یجب الرد، لعدم المقتضی. و من ذلک یظهر أن وجوب الأداء حینئذ لا یتوقف علی ظهور أمارات الموت، بل یجب حتی مع العلم بالبقاء.

(۲) لوجوب إفراغ ذمته منها، المتوقف علی ذلک.

(۳) یعنی بحیث لا یکون للوصیۀ أثر، أما إذا کان للوصیۀ أثر،- بأن لا تکون للورثۀ دواع قویۀ إلی الأداء بغیر الوصیۀ- فالوصیۀ أیضاً تکون واجبۀ، بل إذا لم یکن للوصیۀ أثر إلا بالتهدید و التوعید بالعقاب علی تقدیر المخالفۀ وجب ذلک أیضاً. فاللازم فعل کل ما له دخل فی حصول الفراغ من إشهاد أو وصیۀ و وعظ و تهدید و غیر ذلک مما یتوقف علیه الفراغ.

(۴) لعین ما ذکر من أن حبس المال عن أهله بغیر اذن خلاف قاعدۀ السلطنۀ، و خلاف ما دل علی حرمه حبس الحقوق عن أهلها المعدود فی الکبائر.

مستمسک العروۀ الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۴۴

[(مسألۀ ۴): رد الموصی له للوصیۀ مبطل لها إذا کان قبل حصول الملکیۀ]

(مسألۀ ۴): رد الموصی له للوصیۀ مبطل لها إذا کان قبل حصول الملکیۀ، و إذا کان بعد حصولها لا یکون مبطلا لها، فعلی هذا إذا کان الرد منه بعد الموت و قبل القبول، أو بعد القبول الواقع حال حیاۀ الموصی مع کون الرد أیضا کذلک یکون مبطلا لها (۱)، لعدم حصول الملکیۀ بعد، و إذا کان

---

(۱) إما فی الفرض الأول فلا خلاف و لا إشکال. و فی الجواهر:

«الإجماع بقسمیه علیه»، و فی رسالۀ شیخنا الأعظم (قده) تکرر نقل الإجماع علیه، و فی التذکرۀ: «لا نعلم فیه خلافا» و یظهر من کلماتهم أنه من المسلمات. و قد عرفت أنه هو العمدۀ فیه بناء علی کون الوصیۀ من الإیقاع و أما بناء علی أنها من العقود- کما هو المشهور- فلأن الرد مانع من تألف القبول الواقع بعده مع الإیجاب الواقع قبله.

و أما فی الفرض الثانی فینافیه ما ذکره فی الشرائع و غیرها من أنه إذا رد فی حیاۀ الموصی جاز أن یقبل بعد وفاته إذ لا حکم لذلک، فان مقتضی إطلاقه عدم ترتب الأثر علی الرد فی الحیاۀ و إن کان بعد القبول، فاذا اکتفینا بالقبول حال الحیاۀ لم تبطل بالرد بعده. لکن فی الجواهر: «یشکل ذلک بما ظاهرهم الإجماع علیه من کون الوصیۀ عقداً جائزاً من الطرفین، و مقتضاه تسلط الموصی له علی فسخه حینئذ، و لا ریب فی اقتضائه بطلان العقد». و لأجل ذلک احتمل حمل کلامهم علی رد الإیجاب خاصۀ، الذی لا یدخل تحت حکم فسخ العقد الجائز، فلا یشمل فسخ الموصی له بعد القبول. لکن لا دلیل علی کون الوصیۀ عقداً جائزاً من الطرفین، کما سیأتی فی کلام المصنف (قده) و إلا لم یکن وجه لبطلان الرد فی الفرض الأول.

و لأجل ذلک ینبغی أن یقال: إنه إذا بنینا علی کون الوصیۀ إیقاعاً- کما هو التحقیق- فمقتضی إطلاق أدلۀ النفوذ هو البناء علی عدم

تأثیر

بعد الموت و بعد القبول و لا یکون مبطلا، سواء کان القبول بعد الموت أیضاً أو قبله، و سواء کان قبل القبض أو بعده، بناء

الرد فی جمیع الصور حتی فی الفرض الأول، لکن یوجب الخروج عن ذلک بالإجماع، و لم یقم إجماع علیه فی الفرض الثانی. و إذا بنینا علی کونها عقداً فاللازم البناء علی ابطال الرد لها إذا وقع قبل القبول- بناء علی أنه مانع من تألف الإیجاب الواقع قبله مع القبول الواقع بعده- و عدم إبطاله إذا وقع بعده إلا إذا قلنا بأنها عقد جائز من الطرفین، الذی لازمه بطلانها بالرد بعد القبول بعد الموت، الذی عرفت أنه خلاف الإجماع.

و الذی یظهر من عبارة المصنف (قده) أن الوجه فی مبطلیة الرد إذا وقع قبل حصول الملکیة أصالة عدم ترتب الملکیة، و فی عدم مبطلیته إذا وقع بعد حصول الملکیة استصحاب بقاء الملکیة، لکن الأصل فی الفرض الأول لا مجال له، بناء علی کون الوصیة إیقاعاً- کما تقدم من المصنف- لأن إطلاق نفوذه حاکم علیه، فالبناء علی الأصل المذکور یتوقف علی التغافل عن المبنی المذکور.

و من ذلک کله یتحصل أن فی مسألة قبول رد الوصیة و عدمه مبانی مختلفة النتیجة و لا تلتئم مع فتاوی الأصحاب: کون الوصیة إیقاعاً، و کونها عقداً لازماً، و کونها عقداً جائزاً. فإن الأول لا یتناسب مع بنائهم علی مبطلیة الرد إذا کان بعد الوفاة قبل القبول. و الثانی لا یتناسب مع بنائهم علی عدم مبطلیة الرد فی حال الحیاة و إن کان بعد القبول، فله أن یجدد القبول بعد ذلک إن کان قد سبق، علی ما اختاره المحقق و جماعة، کما فی المسالک، و ظاهر الحدائق نسبته إلی الأصحاب، و ظاهرهم أن له أن یستمر علی الرد فلا یتحقق التملیک مع تحقق القبول، و هو یقتضی کونها عقداً جائزاً بالنسبة إلی الموصی له فی الجملة، و الثالث لا یتناسب مع بنائهم

علی الأقوی من عدم اشتراط القبض فی صحتها (۱)، لعدم الدلیل علی اعتباره، و ذلک لحصول الملکیة حینئذ له، فلا تزول بالرد. و لا دلیل علی کون الوصیة جائزة (۲) بعد تمامیتها بالنسبة الی الموصی له، کما أنها جایزة بالنسبة الی الموصی، حیث أنه یجوز له الرجوع فی وصیته، کما سیأتی. و ظاهر کلمات العلماء (۳) حیث حکموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإیجاب الصادر من الموصی

علی عدم مبطلیة الرد إذا کان بعد الوفاة و بعد القبول.

و المصنف (ره) زاد فی الاشکال، إذ أفتی بمبطلیة الرد إذا کان فی حال الحیاة بعد القبول، فان ذلک لا یلتئم مع مختاره من کون الوصیة إیقاعاً، فإن مقتضی إطلاق النفوذ عدم الابطال به و لیس هناک إجماع یقتضی الخروج عن هذا الإطلاق، کما کان فی الفرض الأول، علی ما عرفت.

(۱) کما هو المشهور و عن الشیخ فی مبسوطه و ابن سعید فی جامعه أنه شرط فی تحقق الملک، کالهبة و الوقف، لاشتراکها فی العلة المقتضیة، و هو العطیة المتبرع بها مع أولویة الحکم فی الوصیة من حیث أن العطیة فی الهبة و ما فی معناها منجزة، و فی الوصیة مؤخرة، و الملک فی المنجز أقوی منه فی المؤخر، بقرینة نفوذ المنجز الواقع من المریض علی خلاف بخلاف المؤخر. کذا فی المسالک. و أشکل علیه: بأنه خلاف إطلاق النفوذ من دون مخرج عنه، و الوجوه المذکورة استحسانات موهونة کما هو ظاهر.

(۲) قد عرفت ما فی الجواهر من نسبة الجواز فی الوصیة بالنسبة إلی الطرفین إلی ظاهر إجماعهم. لکنه ممنوع. لمخالفته لإطلاق الأدلة.

(۳) کلماتهم صریحة فی ذلک، و قد عرفت دعوی الإجماع علیه فی

کما أن الأمر کذلک فی سائر العقود، حیث أن الرد بعد الإیجاب یبطله و إن رجع و قبل بلا تأخیر، و کما فی إجازة الفضولی، حیث أنها لا تصح بعد الرد. لکن لا یخلو عن إشکال إذا کان الموصی باقیاً علی إیجابه. بل فی سائر العقود أیضاً مشکل، ان لم یکن إجماع (۱)، خصوصاً فی الفضولی (۲) حیث أن مقتضی بعض الاخبار صحتها و لو بعد الرد. و دعوی عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا کان القبول بعد الرد، ممنوعة (۳).

ثمَّ انهم ذکروا أنه لو کان القبول بعد الرد الواقع حال الحیاة صح. و هو ایضاً مشکل علی ما ذکروه من کونه مبطلا للإیجاب، إذ لا فرق حینئذ بین ما کان فی حال الحیاة أو بعد الموت إلا إذا قلنا: ان الرد و القبول لا أثر لهما حال الحیاة، و أن محلهما إنما هو بعد الموت و هو محل منع (۴).

الجواهر و غیرها. نعم ظاهرهم أن الوجه فیه أن الرد إنما یکون مبطلا للإیجاب إذا وقع فی محله، و الرد فی حال الحیاة إنما لا یکون مبطلاـ للإیجاب لعدم وقوعه فی محله. و التفصیل المذکور منهم غیر ظاهر، إذ کیف لا یکون الرد فی حال الحیاة فی محله و یکون محل القبول کما عرفت؟. و ما الفارق بین حالی الحیاة و الممات؟!

(۱) بل هو الظاهر من المرتکزات العرفیة، و ظاهرهم الإجماع علیه.

(۲) قد تقدم الکلام فی ذلک فی المسألة الثامنة عشرة من فصل أولیاء العقد.

(۳) عرفت أن المنع المذکور خلاف المرتکزات العرفیة، و علیه إجماعهم ظاهراً.

(۴) کما تقدم فی المسألة الثانیة.

[(مسألة ۵): لو أوصی له بشیئین بإیجاب واحد]

(مسألة ۵): لو أوصی له بشیئین بإیجاب واحد، فقبل الموصی له أحدهما دون الآخر، صح فیما قبل و بطل فیما رد (۱).

---

(۱) کما فی الشرائع و القواعد. و یظهر من جامع المقاصد و الحدائق و الجواهر و رسالة شیخنا الأعظم: أنه فتوی الأصحاب، و استوضحه شیخنا الأعظم (قده) لانحلال العقد علی الجملة إلی عقود متعددة، کانحلال العقد المشروط إلی ذلک، و لذلک صح تبعض الصفقة، کما صح العقد مع فوات وصف الصحة و غیره من الشروط فی ضمن العقد. و فیه: أن ما ذکروه من اعتبار المطابقة بین الإیجاب و القبول فی العقد یدل علی عدم انحلال الإیجاب إلی إیجابات متعددة، و إلا لم یکن لاعتبار ذلک وجه، فلا تصح المقایسة بین المقام و مسألة تبعض الصفقة أو خیار تخلف الشرط، فان انحلال العقد بعد تمامیته غیر انحلال الإیجاب نفسه.

و فی جامع المقاصد: أن الوصیة لما کانت تبرعا محضا لم ترتبط أجزاؤها بعضها ببعض، فکما یصح قبولها جمیعا یصح قبول بعضها، و هذا بخلاف البیع و نحوه من عقود المعاوضات. و فی الجواهر: «یقوی فی الوصیة عدم کونها من العقود المعتبر فیها المطابقة، لتحقق اسم العقد الذی هو الإیجاب و قبول ذلک بالإیجاب بها». و یشکل ما ذکراه: بأن العقد لا یختلف مفهومه باختلاف الموارد. و فی الجواهر: «الفرق بین المقام و المعاوضات أن فی المقام لم یصدر من الموجب غیر تعلق قصد الإیصاء بکل منهما من غیر مدخلیة لاجتماعهما و انفرادهما، بخلافه فی عقد المعاوضة الظاهر بسبب الجمع بالعوض فی أن القصد حصل علیهما من حیث الاجتماع و إن لم یکن ذلک علی جهة الشرطیة». و یشکل: بأن المدار لیس علی قصد الموجب، بل المدار علی وحدة الإنشاء عرفاً و تعدده، فمع وحدته عرفاً لا بد من مطابقة القبول للإیجاب. مع إمکان منع ما ذکره علی وجه الکلیة کما إذا

و کذا لو أوصی له بشیء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً ورد بعضه الآخر، و ان لم نقل بصحة مثل ذلک فی البیع و نحوه، بدعوی: عدم التطابق حینئذ بین الإیجاب و القبول. لان مقتضی

أوصی له بمصراعی باب، فقبل أحدهما بعینه، فإن الوصیة مختصة بحال الاجتماع قطعاً.

و علیه لا یمکن التخلص عن الإشکال إلا بما عرفت من عدم کون الوصیة من العقود، و اعتبار القبول- علی تقدیر القول به- من قبیل اعتبار القبض فی بیع الصرف و السلم، لا أنه جزؤ من العقد، و یکفی فی القبول المعتبر القبول للبعض. بل عرفت عدم اعتبار القبول، و إنما المعتبر عدم الرد، و هو بالنسبة إلی البعض حاصل. اللهم إلا أن یشکل: بأنه لا إطلاق یشمل الوصیة بالبعض، ضرورة کون الإنشاء إنما تعلق بالمجموع، فکل جزء و إن کان موضوعاً للوصیة، لکنه فی حال الاجتماع، و لا یشمل حال الانفراد، فلا موضوع حینئذ لدلیل الصحة و النفوذ، کی یحکم بالصحة.

و فیه: أنه إن تمَّ هذا الاشکال اقتضی البطلان فی تبعض الصفقة، و کذا إذا أوصی بما یزید علی الثلث فلم یقبل الورثة، مع أنه لا إشکال فی الصحة فی المقامین، الکشاف عن اکتفاء العرف فی صدق البیع و الوصیة بمثل هذا القصد الضمنی و إن لم یشمله قصد المنشئ.

و نظیره باب تخلف الشرط، فان البیع إنما وقع علی المشروط، فلا یشمل ذات المشروط الخالیة عن الشرط مع بناء الأصحاب علی صحة العقد لبناء العرف علی صدق البیع و لو ادعاء بالنسبة إلی الذات نفسها، و لذلک تجد المشتری یعتقد جواز التصرف بالذات الخالیة عن الشرط، و لا یحتاج فی تصرفه فیها إلی معاملة جدیدة مع البائع، و کذلک فی باب تبعض الصفقة إذا تبین للمشتری أن بعض المبیع لغیر البائع فأخذه مالکه، یری أن له

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۰

القاعدة الصحة فی البیع أیضاً (۱) إن لم یکن إجماع. و دعوی عدم التطابق ممنوعة. نعم لو علم من حال الموصی ارادته تملیک المجموع من حیث المجموع (۲) لم یصح التبعیض.

جواز التصرف فی البعض الباقی، بلا حاجة الی مراجعة البائع، کل ذلک اکتفاء من العرف فی صدق المعاملة بمجرد هذا القصد الضمنی الذی لا إطلاق له یشمل حال الانفراد، فهی أفراد ادعائیة جرت علیها الأحکام العرفیة و تبعتها الأحکام الشرعیة، کما أشرنا إلی ذلک فی بعض مباحث الإجارة من هذا الشرح. فراجع.

و من ذلک یظهر الحکم فی الفرض الآتی. کما یظهر أیضاً أنه لا یصح الحکم بالصحة فی المقام بناء علی اعتبار القبول جزءاً و کأنه بناء علی ذلک قوی بعض المحشین البطلان فی الفرض الثانی، و توقف فی الصحة فی الفرض الأول، لاحتمال عدم الارتباط بین الشیئین فی الوصیة، بخلاف أجزاء الشیء الواحد، فان الارتباط فیها ظاهر، فلا یصح القبول فی بعضه دون بعض، بخلاف الشیئین غیر المرتبطین، کما أشرنا إلی ذلک فی مبحث الفضولی من کتاب النکاح. فراجع.

(۱) هذا ممنوع، لأنه مع عدم التطابق بین الإیجاب و القبول لا یصدق العقد عرفاً، و لا البیع، و منع عدم التطابق غیر ظاهر، لأنه مبنی علی تحلیل الإیجاب إلی إیجابات، و قد عرفت منعه.

(۲) المدار علی الإنشاء لا علی ما فی نفس الموصی، فإذا لم یشترط فی الإنشاء شرط جاء فیه التبعض، کما فی بیع الصفقة بعینه. و بالجملة:

الآثار التکلیفیة تتبع الترجحات النفسانیة، و الآثار الوضعیة تتبع الإنشاء و لا ترتبط بما فی النفس من الترجیحات، فاذا کانت الأغراض غیر ارتباطیة و الإنشاء واحد جاء خیار تبعض الصفقة لتخلف المقصود، و إذا کان الإنشاء متعدداً لم یکن خیار تبعض الصفقة و ان

کانت الأغراض ارتباطیة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۱

[(مسألة ۶): لا یجوز للورثة التصرف فی العین الموصی بها قبل أن یختار الموصی له أحد الأمرین]

(مسألة ۶): لا یجوز للورثة التصرف فی العین الموصی بها قبل أن یختار الموصی له أحد الأمرین من القبول أو الرد (۱)

---

(۱) الظاهر أنه لا ریب و لا خلاف یعتد به فی عدم اعتبار اتصال قبول الوصیة بالوفاة، و یقتضیه إطلاق الأدلة الشامل لذلک قطعاً، لندرة اتفاق حصول ذلک، بل تعذره فیما لو کان الموصی له غائبا، کما ذکر. ذلک فی الجواهر. و علیه فمقتضی أصالة عدم القبول جواز تصرف الوارث ظاهرا حتی یثبت العلم بالقبول، بل بناء علی کون القبول ناقلا یجوز للوارث التصرف واقعاً، لعدم حصول الوصیة حال الموت المقتضی لانتقال الموصی به إلی الورثة کغیره من أموال الترکة. و بالجملة بناء علی اعتبار القبول فی الوصیة یکون الکلام فی هذه المسألة نظیر الکلام فی مبحث الفضولی فی جواز تصرف الأصیل فیما انتقل عنه قبل حصول الإجازة، و فی جواز تصرف الناذر فی المنذور قبل حصول المعلق علیه النذر، فان الجمیع من باب واحد.

نعم بناء علی کون الرد مبطلا لها تکون الوصیة تمام السبب الناقل فیملک الموصی له بالموت، فلا یجوز للوارث التصرف فیه لکونه تصرفا فی ملک الموصی له. و حینئذ لا فرق فی حرمة التصرف بین ما یوجب إتلاف العین و غیره، حتی مثل رکوب الفرس، لعدم الفرق فی حرمة التصرف فی مال الغیر بین القسمین. لکن الذی یظهر من عبارة المتن أن مبنی کلامه ما هو المشهور من اعتبار القبول. و حینئذ لا یظهر وجه المنع.

اللهم إلا أن یفهم من الوصیة المنع من التصرف المنافی و بقاء العین بحالها إلی أن تکون لزید، کما قد یقال بذلک فی النذر المعلق، فاذا نذر أن یعطی فرسه لزید إذا رزق ولداً فکأنه نذر أن تبقی الفرس إلی أن تعطی لزید، فلا یجوز التصرف المنافی للبقاء، و کذلک نقول فی المقام.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۲

و لیس لهم إجباره علی اختیار أحدهما معجلا (۱)، إلا إذا کان تأخیره موجباً للضرر علیهم، فیجبره الحاکم حینئذ علی اختیار أحدهما (۲).

[(مسألة ۷): إذا مات الموصی له قبل القبول أو الرد فالمشهور قیام وارثه مقامه فی ذلک]

اشارة

(مسألة ۷): إذا مات الموصی له قبل القبول أو الرد فالمشهور قیام وارثه مقامه فی ذلک (۳)، فله القبول إذا لم یرجع الموصی عن وصیته، من غیر فرق بین کون موته فی حیاة الموصی أو بعد موته، و بین علم الموصی بموته و عدمه. و قیل بالبطلان بموته قبل القبول (۴). و قیل بالتفصیل بین ما إذا علم أن غرض الموصی خصوص الموصی له فتبطل، و بین غیره

لکن علی هذا یختص المنع بما ینافی البقاء، و یجوز ما لا- ینافی ذلک. و هذا غیر بعید عن المتفاهم العرفی. و إن کان التحقیق ما عرفت من کون الوصیة إیقاعاً و یترتب علیه المنع من جمیع التصرفات، حتی غیر المنافیة.

(۱) کما فی الجواهر، لعدم الدلیل علیه.

(۲) كما قواه فى الجواهر. لا لقاعدة نفى الضرر، لأنها نافية، فلا تصلح للإثبات. بل لعموم حرمة الإضرار بالغير، بل فى الجواهر لو تعذر إجبار الحاكم تولاه الحاكم بنفسه. لكنه تأمل فيه. و كأنه ليس من الحقوق التى ينوب فيها الحاكم عن الممتنع، بل من الاحكام، و عموم حرمة الإضرار لا يصلح لتشريع مثل هذه النيابة.

(۳) و فى رسالة شيخنا الأعظم: أنه المشهور بين القدماء و المتأخرين.

انتهى. و عن كشف الرموز: أنه انعقد عليه العمل.

(۴) فى الحدائق: أنه نقل عن جماعة من الأصحاب، منهم ابن الجنيد و العلامة فى المختلف.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۳

فلورثته (۱). و القول الأول و ان كان على خلاف القاعدة مطلقاً- بناء على اعتبار القبول فى صحتها- لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له (۲). و كون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع (۳). كما أن دعوى انتقال حق القبول الى الوارث ايضاً محل منع (۴) صغرى و كبرى، لمنع كونه حقاً (۵)،

---

(۱) حكاه فى الجواهر، ثمَّ قال: «بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأول من الخلاف»، و فى الدروس: أن التفصيل المذكور حق، و به يجمع بين النصوص. و قيل بالتفصيل بين موته فى حياة الموصى فتبطل، و موته بعد حياته فتصح. حكاه فى المسالك عن بعض الأصحاب و فى الدروس عن المحقق.

(۲) يعنى: مضمون الإيجاب تمليك الموصى له لا- تمليك وارثه، فالقبول يجب أن يكون من الموصى له، لأنه الذى يتعلق به الإيجاب.

(۳) لأنه ليس ولياً عليه، و لا وكيلا عنه، فقيامه مقامه فى القبول خلاف القاعدة. و هذا هو العمدة فى إشكال القول بالصحة بالنظر إلى القواعد. و أما إشكاله بملاحظة عدم مطابقة القبول للإيجاب، باعتبار أن الإيجاب يتضمن تمليك الموصى له، و القبول يتضمن تمليك الوارث. ففيه:

أنه مبنى على كون الوارث يتلقى الملك من الموصى أما إذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضاً يتضمن تمليك الموصى له، فهو قبول لنفس ذلك الإيجاب. و كان الأولى للمصنف أن يقول: و قبول الوارث إن كان لنفسه فهو مخالف للإيجاب، و إن كان للموصى له فهو لا وكيل عنه و لا ولى عليه.

(۴) هذا أحد الأدلة التى استدل بها على القول المشهور، ذكره جماعة.

(۵) الفرق بين الحق و الحكم مفهوماً واضح، فان الحق نوع من الملك

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۴

.....

يختص بهذا الاسم بحسب الاصطلاح، و الحكم لا- يكون ملكاً. و كذلك الفرق بينهما أثراً، فان الحق يسقط بالإسقاط، للقاعدة المقررة بين العقلاء من أن لكل ذى حق إسقاط حقه- كما ادعاها شيخنا الأعظم فى مبحث خيار المجلس من مكاسبه- و الحكم ليس كذلك، فإنه تابع لرأى الحاكم، فان شاء أبقاه، و إن شاء أسقطه و ألغاه، و ليس أمره راجعاً إلى المحكوم له ضرورة.

و الفرق بينهما فى مقام الإثبات هو أنك تقول: زيد له أكل لحم الضأن و ليس له أكل لحم الميتة، و تقول: المغبون له الخيار فى الفسخ، و ليس للغابن الخيار فى الفسخ، فاللام فى الأول لام الصلة و التعدية، متعلقة بمحذوف، يعنى: زيد يجوز له أكل لحم الضأن فالظرف لغو بحسب اصطلاحهم، و اللام فى الثانى لام الملك، يعنى المغبون يملك الخيار فهى متعلقة بمحذوف عام، فالظرف

مستقر، یعنی المغبون کائن له الخیار کما تقول لزید مال. هذا هو وجه الفرق بین الحق و الحکم.

و أما الفرق بین الحق و الملک فهو أن الحق نوع من الملک یختص باصطلاح العرف بالعین القائمة بغیره، أو بالمعنی القائم بغیره، علی نحو لا- یصح اعتباره إلا فی ظرف إضافته إلی المالک، بحیث لو لا إضافته إلی المالک لم یصح اعتباره. و یختص الملک عرفاً بما عداه. و توضیح ذلک:

أن ما یکون مضافاً إلی المالک إما أن یکون عینا أو معنی، و العین إما أن تکون فی الخارج- کالفرس الخارجی- أو فی الذمة- کالمبیع فی السلف کما إذا باعه تمراً أو حنطة إلی أجل، فإن المبیع عین ذمیة لا خارجیة- أو لا یکون فی الخارج و لا فی الذمة، لکنه قائم فی عین أخری- کحق الجنایة القائم فی عین الجانی، و کحق الزکاة القائم بالعین الزکویة علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۵

.....

بعض الأقوال، فإن الشاة الزکاة قائمة فی الأربعین شاة، و لیست جزءاً منها لتکون خارجیة، و لا فی ذمة المالک إجماعاً منا لتکون ذمیة، بل هی قائمة فی الأربعین شاة- أو قائم فی معنی مثله، کما إذا کان المدین یملک منافع أعیان فاشترط علیه الدائن فی عقد بینهما أن ینتقل دینه إلی المنافع المملوکة. فإن الدائن یکون له حق استیفاء الدین من المنافع و هو قائم بها.

هذه أقسام العین التی تکون ظرفاً لإضافة الملکیة، و هی أربعة.

و مثلها أقسام المعنی الذی یکون طرفاً لإضافة الملکیة، فإنها أیضاً أربعة (الأول): المعنی القائم بالعین الخارجیة مع کون اعتباره من لوازم وجود العین مثل منافع المملوکات الخارجیة، مثل الدار و الفرس (و الثانی) المعنی القائم بالذمة، مثل ما لو استأجره علی خیاطة ثوب، فإن الخیاطة معنی مملوک للمستأجر، و هو فی ذمة الأجیر (و الثالث): المعنی القائم بالعین الخارجیة و لا یکون اعتباره من لوازم وجودها مثل استیفاء الدین من العین المرهونة- المعبر عنه بحق الرهانة- و منافع الأجیر الخاص الحر، فإنها متعلقة بعینه لا بذمته (و الرابع): المعنی القائم بالمعنی، مثل استیفاء الدین من منافع المدیون إذا شرط الدائن علی المدیون ذلک فی عقد، فإن الدائن یملک الدین فی الذمة و یملک استیفاءه من المنافع.

فهذه أنواع المملوکات من العین و المعنی تختلف فی کونها حقاً أو ملکاً باختلاف الموارد، فالقسمان الأولان من أقسام العین من الاملاک، و لیسا من الحقوق، و القسمان الآخران من الحقوق، و کذلک القسمان الأولان من المعنی أیضاً من الاملاک و لبسا من الحقوق، و القسمان الآخران من الحقوق.

کل ذلک بحسب اصطلاح الفقهاء. لا لاختلاف مراتب الملکیة، بأن تکون الحقوق مرتبة من الملکیة ضعیفة، و الملک مرتبة من الملکیة قویة- کما ادعاه بعض الأعاظم- فإنه غیر ظاهر، کیف و الملک فی الجمیع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۵۶

.....

علی نحو واحد. و لا للاختلاف فی السقوط بالإسقاط و عدمه. فیکون الحق ما یسقط بالإسقاط، و الملک ما لا یکون کذلک- کما قد یتوهم- فان المملوکات فی الذمم کلها تسقط بالإسقاط، سواء کانت أعیاناً- کالدیون المعینة- أم معانی- کعمل الأجیر- مع أنها أملاک قطعاً. بل الفرق ما عرفت من الاختلاف فی الموارد لمجرد الاصطلاح.

فاذاً یصح تعریف الحق بأنه عین أو معنی قائم فی غیره من عین أو معنی، علی نحو لا یصح اعتباره إلا فی ظرف إضافته إلی مالک. و الوجه فی اعتبار القید الأول إخراج الأعیان الخارجیة و الذمیات، أعیاناً کانت أو معانی، لأنها جمیعا لیست قائمة فی غیرها. و الوجه فی

اعتبار القيد الثانى إخراج منافع الأعيان الخارجية، فإن اعتبارها تابع لقابلية العين لها فالدار تعتبر منافعها و إن لم تكن مملوكة لمالك، و لأجل ذلک لا تکون من الحقوق و لذا لا تسقط بالإسقاط، فلو قال المستأجر: أسقطت حقى، لم تخرج المنافع عن ملكه. و السر فى ذلک أن السقوط بالإسقاط من لوازم كون الشىء لا يصح اعتباره إلا باضافته إلى المالک، و منافع الأعيان لا يكون المصحح لاعتبارها إضافتها إلى المالک، بل المصحح لاعتبارها قابلية العين للانتفاع بها. كما عرفت.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا أمور (الأول): أن الاختلاف بين الملک و الحق ليس لاختلافها فى مراتب الملكية، و لا لاختلافها فى السقوط بالإسقاط و عدمه، بل للاختلاف فى المورد لمجرد الاصطلاح (الثانى):

أن الحق قد يكون عيناً، مثل حق الجناية الخطائية المتعلق بالعبد، و حق الزكاة المتعلق بالنصاب على بعض الأقوال، و قد يكون معنى، و هو الأكثر كحق الخيار، و حق الأخذ بالشفعة، و حق القصاص، و حق القسم للزوجة و حق الرهانة، و حق الحضانة، و حق الرضاعة .. إلى غير ذلک.

مستمسک العروة الوثقى، ج١۴، ص: ۵۵٧

و منع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به، الذى لا يصدق كونه من تركته (١). و على ما قوينا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعاً ايضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة فى خصوص صورة موته

(الثالث): أن الحق لا يكون قائماً بنفسه، بل قائماً بغيره من عين أو معنى. (الرابع): أن الحق لا يصح اعتباره إلا فى حال إضافته إلى المالک، و كذلک الملک فى الذمة من أعيان و معان، فإنها لا يصح اعتبارها إلا فى حال إضافتها إلى المالک. (الخامس): أن الولاية ليست من الحقوق لأنها لا تسقط بالإسقاط، فتكون من الاحكام. (السادس):

أن حق القسم للزوجة و حق الإنفاق عليها ليسا من الحقوق، بل من الأملاک، لأنها فى الذمة، و جميع المملوكات فى الذمة أملاک لا حقوق.

(السابع): أن السقوط بالإسقاط من أحكام المملوكات التى لا يصح اعتبارها إلا فى حال إضافتها إلى المالک، و منها الذميات من أعيان و معان و منافع الحر إذا كان أجيراً خاصاً، فإنها لا تعتبر إلا فى حال الإجارة، و مع عدمها لا تعتبر و لا تكون مملوكة لمالک. و من ذلک تعرف الفرق بين منافع العبد إذا كان أجيراً خاصاً و بين منافع الحر إذا كان كذلک، فان منافع الأول تسقط بإسقاط المستأجر، و منافع الثانى لا تسقط، و كذلک منافع الدار المستأجرة. فتأمل.

و مما ذكرنا تعرف الوجه فى منع كون القبول حقاً للموصى له، فإنه لا يقبل الاسقاط، فيمتنع أن يكون من الحقوق، و يتعين أن يكون من الاحكام.

(١) تبع فى هذا ما فى المسالک قال (ره) فيها: «مع أنا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً، و إنما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته. و يرشد اليه أن الأغراض فى الوصية تختلف باختلاف الأشخاص،

مستمسک العروة الوثقى، ج١۴، ص: ۵۵٨

قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته فى حياة الموصى (١).

لكن الأقوى مع ذلک هو إطلاق الصحة، كما هو المشهور.

و ذلک لصحيحة محمد بن قيس (٢) الصريحة فى ذلک، حتى فى

فقد يكون للموصى غرض فى تخصيص الميت دون وارثه. و هذا بخلاف حق الخيار و الشفعة و نحوهما، فان ذلک من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث شرعاً، بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على إسقاطه بنفسه ..». أقول:

قد عرفت أن قبول الوارث إذا كان للمورث فكونه من الحقوق غير القابلة للانتقال غير ظاهر، إذ لا تخلف لغرض الموصى بوجه.

(۱) يعنى: فلا- وجه لانتقال الموصى به إلى ورثته. و انتقال الموصى به إلى الموصى له بعد وفاة الموصى و إن كان ممكناً كانتقال الدية، إلا أن الأدلة العامة لا تفى بذلك، و تقصر عن إثباته.

(۲)

رواها فى الكافى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع): «قال: قضى أمير المؤمنين (ع) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذى أوصى له قبل الموصى. قال (ع): الوصية لوارث الذى أوصى له. قال: و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذى أوصى له، إلا أن يرجع فى وصيته قبل موته» «۱».

و رواه الصدوق بإسناده عن عاصم بن حميد، و فى طريقه إبراهيم بن هاشم. و رواه الشيخ بإسناده عن على بن إبراهيم عن أبيه كما فى سند الكافى، فيكون على بن إبراهيم واقعاً فى جميع الأسانيد و حينئذ فتصحيح الحديث مبنى على حجية حديث إبراهيم بن هاشم، كما هو الظاهر، لأنه من الحسن، كما هو ظاهر المشهور.

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۵۹

صورة موته فى حياة الموصى، المؤيدة بخبر الساباطى (۱)

ثمَّ إنه فى المسالك أشكل على الاستدلال بالصحيحة المذكورة: بأن محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر (ع) مشترك بين الثقة و الضعيف و غيرهما فكيف تجعل روايته مستند الحكم؟ إلا أن يدعوا جبرها بالشهرة، على ما هو المشهور بينهم فى ذلك، و فيه ما فيه. انتهى. و سبقه إلى ذلك فى المختلف، قال فيه: «فان محمد بن قيس مقول على جماعة أحدهم ضعيف و لعله الراوى». لكن الذى حققه جماعة ممن تأخر أن محمد بن قيس الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلى الثقة، كما عن الشيخ فى الفهرست و هو الذى يروى كتاب قضايا أمير المؤمنين (ع) كما عن النجاشى، فالرواية صحيحة كما فى المتن. كما أنها صريحة فى الموت فى حياة الموصى، و بقرينة ذكر الغيبة تكون كالصريحة فى كون الموت قبل القبول.

(۱) رواه فى الكافى عن محمد بن يحيى عن عمران بن موسى عن موسى ابن جعفر عن عمر بن سعيد المدائنى عن محمد بن عمر الساباطى- كما فى بعض نسخ الوسائل المذكورة فى الهامش، و فى المتن: «الباهلى» و كذا نسخة الكافى التى تحضرنى- قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل أوصى إلى و أمرنى أن أعطى عماً له فى كل سنة شيئاً فمات العم. فكتب: أعط ورثته» «۱»

و رواه فى الفقيه بإسناده عن عمر بن سعيد عن محمد بن عمر الساباطى، كما فى نسخة الفقيه التى تحضرنى. لكن الخبر غير ظاهر فى الوصية التمليكية، بل ظاهر فى الوصية بالتمليك فى كل سنة و هو غير ما نحن فيه، لأن إيجاب التمليك يكون من الوصى، لا من الموصى، و مقتضى القاعدة البطلان بالموت، لانتفاء الموضوع، و عموم كلامهم للمقام غير ظاهر. و لأجل ذلك يشكل العمل بالخبر فى مورده، لضعفه بمحمد

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ۳.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۶۰

و صحيح المثنى (۱). و لا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم و منصور بن حازم (۲)،

ابن عمر المجهول، و عدم الجابر.

(۱)

رواه العیاشی فی تفسیره عن المثنی بن عبد السلام عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «سألته عن رجل أوصی له بوصیة فمات قبل أن یقبضها و لم یترک عقباً. قال (ع): أطلب له وارثاً أو مولی فادفعها إلیه.

قلت: فان لم أعلم له ولیاً قال (ع): اجهد أن تقدر له علی ولی فان لم تجد و علم اللّه تعالی منک الجد فتصدق بها» «۱»

و رواه فی الکافی عن محمد بن یحیی عن محمد بن أحمد عن أیوب بن نوح عن العباس بن عامر

«قال: سألته ..»

و رواه الصدوق بإسناده عن العباس بن عامر عن المثنی مثله و المثنی غیر صحیح حتی لو کان ابن عبد السلام، کما هو الظاهر بقرینة روایة العباس بن عامر عنه. و علی هذا فاللازم علی المصنف أن یقول: و الصحیح عن المثنی، کما عبر فی الجواهر اعتماداً علی روایة الصدوق أو صحیح العباس بن عامر اعتماداً علی روایة الکافی. و کیف کان فالاقتصار فی الخبر علی ذکر عدم القبض یدل علی وقوع القبول، فلا یکون مما نحن فیه. لا أقل من عدم ظهوره فی عدم القبول.

(۲) أما الأولی

فرواها الشیخ (قده) بإسناده عن الحسین بن سعید عن حماد بن عیسی عن شعیب عن أبی بصیر، و عن فضالة عن العلاء عن محمد بن مسلم جمیعاً عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سئل عن رجل أوصی لرجل فمات الموصی له قبل الموصی. قال: لیس بشیء» «۲».

و مقتضی ذلک أن تکون الروایة المذکورة قد رواها أبو بصیر و محمد بن مسلم،

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۱

بعد اعراض المشهور عنهما (۱) و إمکان حملهما علی محامل، منها التقیة، لأن المعروف بینهم عدم الصحة. نعم یمکن دعوی انصراف الصحیحة عما إذا علم کون غرض الموصی خصوص شخص الموصی له علی وجه التقیید (۲)

و اللازم عدهما صحیحتین لأبی بصیر و محمد بن مسلم، لا صحیحة واحدة.

و أما الثانیة

فرواها أیضاً الشیخ بإسناده عن علی بن الحسن بن فضال عن العباس بن عامر عن أبان بن عثمان عن منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن رجل أوصی لرجل بوصیته إن حدث به حدثاً، فمات الموصی له قبل الموصی. قال: لیس بشیء» «۱».

و لا یخفی أن اللازم عدا الروایة الثانیة من الموثق، لوجود علی بن فضال فی سندها.

(۱) قد سبق أن الشهرة العظیمة علی خلافهما. نعم یحتمل أن یکون الوجه فی تقدیم صحیحة محمد بن قیس کونها أوضح دلالة عندهم، فلا یکون الاعراض عن غیرها قدحاً منهم فیه. و هذا هو الأظهر، فإن قوله (ع):

«لیس بشیء»

ممکن حمله جمعاً علی أن الموت لیس بشیء قادح فی الوصیة، لا أن الإیصاء لیس بشیء. و بالجملة: التعارض فی المقام من قبیل التعارض بین الظاهر و الأظهر، أو بین النص و الظاهر، فیتعین التصرف فی الظاهر، لا رفع الید عن الأظهر. نعم لو فرض تساوی الدلالة

فالترجیح مع الأخیرة، لأنها أصح سنداً و أکثر عدداً، و الترجیح بذلک مقدم على الترجیح بمخالفة العامة.

(۲) فی الریاض ادعى أن القدر المتیقن من النصوص غیر هذه الصورة، فیرجع فیها إلى القواعد المقتضیة للبطلان. و قد تقدم عن الدروس أن الحق

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۶۲

بل ربما یقال: إن محل الخلاف غیر هذه الصورة (۱). لکن الانصراف ممنوع (۲). و على فرضه یختص الاشکال بما إذا کان موته قبل موت الموصی، و الا فبناء (۳) على عدم اعتبار القبول بموت الموصی صار مالکاً (۴)، بعد فرض عدم رده فینتقل الى ورثته

[بقی هنا أمور]

اشارة

بقی هنا أمور:

[أحدها: هل الحکم یشمل ورثة الوارث؟]

أحدها: هل الحکم یشمل ورثة الوارث؟ کما إذا مات الموصى له قبل القبول و مات وارثه أیضاً قبل القبول، فهل

التفصیل بین ما إذا علم تعلق غرضه بالمورث لا غیر فالبطلان، و غیره فالصحة، و أنه به یجمع بین النصوص. أقول: لا ریب فی أن محل الکلام صورة ما إذا أوصى إلى شخص بعینه فمات، فالشخص الخاص لا یقبل الإطلاق و التقیید، لتباین الأشخاص. نعم یقبل التحلیل الارتباطی و اللاارتباطی فان الشخص الموصى له شخص و خصوصیة، فقد یکون غرض الموصی الشخص و الخصوصیة على نحو التقیید و الارتباط، و ربما لا یکون کذلک. لکن إخراج الصورة الأولى عن نصوص المشهور و تخصیصها بالصورة الثانیة بعید بل متعذر لندرة ذلک جداً.

هذا إذا کان قبول الوارث لنفسه، أما إذا کان للمیت فیمکن فرض الإطلاق و التقیید، بأن یکون غرض الموصی تملیک الشخص المذکور لا بشرط الحیاة تارة، و بشرط الحیاة أخرى، و حینئذ یمکن الجمع بین النصوص بحمل النصوص الأولى على الأول» و الثانیة على الثانی. لکنه جمع بلا شاهد.

(۱) تقدم مثل ذلک فی کلام الجواهر.

(۲) قد عرفت أن الأخذ به لو فرض متعذر.

(۳) یعنی: إذا کان موته بعد موت الموصی.

(۴) و حینئذ یحصل غرض الموصی.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۶۳

الوصیة لوارث الوارث أو لا؟ وجوه: الشمول (۱)، و عدمه- لکون الحکم على خلاف القاعدة- و الابتناء على کون مدرک الحکم

انتقال حق القبول فتشمل. و کونه الأخبار فلا.

[الثانی: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم]

الثانی: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم فهل تبطل (۲) أو تصح و یرث الراد أیضاً مقدار حصته (۳) أو تصح بمقدار حصة القابل فقط (۴)، أو تصح و تمامه للقابل (۵) أو للتفصیل (۶) بین کون موته قبل موت الموصی فتبطل (۷) أو بعده فتصح بالنسبة إلی مقدار حصة القابل (۸)؟ وجوه (۹).

---

(۱) هو الـذی یقتضـیه ظاهر النصوص، بناء علی أنها دالـة علی أنها موروثة للوارث، لأن التفکیک بین إرث وارث الموصـی له و إرث وارثه بعیـد عن فهم العرف. نعم لو کـان مفاد النصوص لزوم الإعطاء للوارث تعبـداً، لا من باب الإرث، فالتعـدی إلی وارث الوارث لا قرینة علیه.

و علی هذا فهذه الوجوه مبنیة علی الوجهین الآتیین فی الأمر الثالث.

(۲) لعدم حصول القبول المطابق للإیجاب.

(۳) للاجتزاء فی الصحة بمجرد القبول فی الجملة.

(۴) أخذا بمقتضی کل من القبول و الرد.

(۵) للاجتزاء بالصحة بمجرد القبول و کون الإرث تابعا له، فلا یرث إلا القابل.

(۶) عملا بالقواعد.

(۷) لأن الموت مانع من ملکیته بعد وفاة الموصی.

(۸) و تبطل بالنسبة إلی غیر القابل، لعدم القبول.

(۹) أقربها البطلان، بناء علی اعتبار القبول جزءاً، لعدم حصول

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۴

[الثالث: هل ینتقل الموصی به بقبول الوارث إلی المیت ثمَّ إلیه]

الثالث: هل ینتقل الموصی به بقبول الوارث إلی المیت ثمَّ إلیه، أو إلیه ابتداء من الموصی؟ وجهان، أوجههما الثانی (۱)

القبول المطابق للإیجاب. أما بناء علی کونه شـرطا فالأقرب الصـحة علی النحو الثانی من وجوهها. لا الأول منها، لظهور کون الرد مانعاً من إرث الموصی به. و لا الثالث، لعدم استحقاق القابل أکثر من حصته.

و أمـا التفصـیل فقـد عرفت أنه مبنی علی إهمـال النصوص فی المقـام، لعـدم شـمولها له و الرجوع إلی القواعـد المقتضـیة للبطلان فی صورة موت الموصـی له قبـل الموصـی- کما عرفت- و للصـحة إذا مات بعـد موت الموصـی لانتقال المال إلی الورثـة بلا حاجـة إلی القبول. نعم الرد مانع عن إرث الراد إجماعا ظاهراً. لکن إهمال النصوص بدعوی عدم شمولها للمقام غیر ظاهر.

فالأقـوی إذاً هو الصـحة علی الوجه الثـانی من وجوهها، لما عرفت من عـدم الـدلیل علی اعتبار القبول، و الرد و إن کان مانعاً إجماعاً، لکنه یختص بحصة الراد فقط. و یظهر من القواعد و جامع المقاصد: المفروغیة عن الصحة علی النحو المذکور.

(۱) علی ما جزم فی الشرائع و غیرها، و یظهر من العلامهٔ فی صدر کلامه، قال: «و لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه فی قبول الوصیهٔ، و لا یدخل فی ملک المیت».

لعدم قبول المیت للملک، لأنه بمنزلهٔ المعدوم، و الملکیهٔ تستدعی نحوا خاصاً من التابعیهٔ و المتبوعیهٔ، و المعدوم لا یقبل المتبوعیهٔ الخاصهٔ، بل هو أولی من الجماد و الحیوان فی عدم قبول المالکیهٔ و المتبوعیهٔ، فاذا قلنا: بأن ملک الجهات لیس علی الحقیقهٔ، فالوقف علی المساجد أو الثغور أو المصالح الأخری لا یستدعی ملک النماء للمسجد أو الثغر أو نحوهما من المصالح، و إنما یقتضی اختصاص النماء بها، لان المتبوعیهٔ الناشئهٔ عن نحو من الاستیلاء

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۵

.....

و الجدهٔ التی تصحح اعتبار المالکیهٔ لا تکون للمساجد و لا للثغور، و کذلک الحیوان لا یقبل مثل هذه المتبوعیهٔ، فاللام فی قولنا: السرج للدابهٔ لیست للملک مهما أراد مالکهما ذلک، لعدم أهلیهٔ الدابهٔ لذلک، فالمیت أولی من الحیوان و الجماد فی ذلک، لأنه معدم لا یقوی علی هذه المالکیهٔ، بل هو بعید عنها جداً.

و لا بد حینئذ من البناء فی المقام علی انتقال المال من الموصی إلی ورثهٔ الموصی له. و مجرد کون المیت ینتفع بالمال- کما ثبت ذلک فی الشرع المقدس- لا یقتضی أنه له قابلیهٔ المالکیهٔ لأنه أعم، فإن الحیوان ینتفع بالعلف و لا یقوی علی المالکیهٔ. و بالجملهٔ: المالکیهٔ إضافهٔ خاصهٔ لا تقوم إلا بحیاهٔ خاصهٔ، فالمیت مهما کان له من أهلیهٔ التنعم و الانتفاع و خلافهما لا یقوی علی المالکیهٔ. و لعل النفوس المجردهٔ- مثل الجن و الملک- کذلک مهما کان لها من أعمال جبارهٔ عن شعور خاص، فان العرف لا یستطیع الحکم علیها بالمالکیهٔ.

فان قلت: إذا لم تدخل الوصیهٔ فی ملک الموصی له، و کان الانتقال من الموصی إلی الورثهٔ بلا واسطهٔ الموصی له تعین أن تکون القسمهٔ بین الورثهٔ بالسویهٔ لا قسمهٔ المیراث، و هو خلاف ظاهر النص و الفتوی. قلت:

إن تمَّ ما ذکره المشهور من انتقال حق القبول إلی الورثهٔ فی المقام کان انقسام الحق انقسام المیراث، و یکون بتبع موضوع الحق، لأن الحق لا یقبل الانقسام إلا بلحاظ موضوعه، کما فی سائر موارد إرث الحق، مثل حق الشفعهٔ، و حق الخیار، و حق الرهانهٔ، و غیرها، فان انقسام الحق فیها إنما یکون بلحاظ انقسام موضوعه. و ان لم یتم ما ذکر المشهور تعین أن یکون ملک الورثهٔ فی المقام بحکم المیراث من هذه الجههٔ، لا أنه میراث حقیقی. و کذلک الحکم فی دیهٔ المقتول، فإنها بحکم الملک للمیت توفی منها دیونه و تخرج منها وصایاه، کما فی النص، لا أنها ملک له حقیقهٔ، کیف و الدیهٔ عوض الحیاهٔ،

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۶

و ربما یبنی علی کون القبول کاشفاً أو ناقلا (۱) فعلی الثانی:

الثانی، و علی الأول: الأول. و فیه: أنه علی الثانی أیضاً یمکن أن یقال بانتقاله إلی المیت آناً ما (۲) ثمَّ إلی وارثه. بل علی الأول

و الحیاهٔ لیست مملوکهٔ للحی، فکیف یملک عوضها؟ و کذلک ثلث المیت إذا کان قد أوصی بصرفه علی جهات مخصوصهٔ، فإنه باق علی حکم ماله، لا أنه ماله بعد وفاته.

نعم یبقی الاشکال فیما لو رمی صیداً فمات قبل الإصابهٔ، فإن الصید إذا لم یملکه المیت لم ینتقل إلی ورثته، و حینئذ یبقی علی إباحته الأصلیهٔ.

و فیه: أنه یملکه الوارث لا المیت، لان الصید من آثار الرمی، و الرمی کان للمیت، فیرثه وارثه، فالارث یکون للسبب، لا للمسبب. و

کذا الحکم إذا نصب شبکة فمات، فدخل فیها الصید، فان النصب موروث للوارث فیملک ما هو من آثاره، و هو الصید.

و المتحصل مما ذکرنا: أن المیت لما امتنع أن یکون مالکاً علی الحقیقة تعین أن یکون المراد من النص فی المقام المتضمن لزوم الإعطاء إلی الورثة الظاهر فی کونه علی نحو المیراث أنه علی نحو المیراث الحکمی من حیث القسمة، لا المیراث الحقیقی.

(۱) یظهر ذلک البناء من جامع المقاصد، فإنه ذکر أن إطلاق مصنفه عدم دخولها فی ملک المیت (یعنی: فی عبارته السابقة) لو قبل الوارث لا یستقیم، لأنه إن قبل بعد الموت و قلنا ان القبول کاشف- کما سیأتی اختیاره فی کلام المصنف- دخلت فی ملک المیت، و ما ذکره منسوب إلی الشیخ و العلامة و الشهیدین، و نسب أیضاً إلی الأکثر.

(۲) قد عرفت أن بناء الجماعة علی عدم قابلیة المیت للمالکیة، فکیف ینتقل إلیه الملک آنا ما، فان الآن الواحد کالآنات المتعددة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۷

یمکن أن یقال بکشف قبوله عن الانتقال الیه من حین موت الموصی، لأنه کأنه هو القابل (۱)، فیکون منتقلا إلیه من الأول.

[الرابع: هل المدار علی الوارث حین موت الموصی له إذا کان قبل موت الموصی]

الرابع: هل المدار علی الوارث حین موت الموصی له إذا کان قبل موت الموصی، أو البناء علی کون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلی المیت ثمَّ إلیه، أو کونه موجباً للانتقال إلیه أولًا من الموصی،

---

(۱) المناسب أن یقول: لأنه هو القابل، إذ المفروض أن القبول صدر من الوارث، فهو قابل حقیقة، لا أنه مثل القابل. و هذا الاحتمال حکی عن السید فی المناهل: الجزم به. لکن استشکل فیه فی الجواهر: بأنه کیف یکون قبول الوارث کاشفاً عن ملکه للمال حین موت الموصی و الموصی له موجود؟! فلا بد من البناء علی النقل. و یندفع: بأنه لا مانع من انتقال الموصی به إلی وارثه و هو موجود، لعدم الأثر لمثل هذا الوجود بعد أن لم یکن منه قبول.

اللهم إلا أن یقال: الوارث و إن کان هو القابل لکن قبوله بعد أن کان مطابقاً لإیجاب الموصی تعین أن یکون أثره ملک الموصی له، لا- ملک وارثه فإذا بنی علی تمامیة دلیل الکشف، تعین أن یکون المنکشف ملک المورث، لأنه مفاد إیجاب الوصیة، لا- ملک الوارث. و بالجملة:

إذا دل الدلیل علی اعتبار القبول من الوارث، فالمراد من القبول إذا کان قبول الإیجاب تعین البناء علی ملک المورث، لأنه مفاد الإیجاب لا- ملک الوارث، و إذا کان قبول الملک لنفسه و إن کان مخالفاً للإیجاب تعین البناء علی ملک الوارث. لکن التحقیق بناء علی اعتبار القبول هو الأول.

ثمَّ إن هذا الکلام مبنی علی اعتبار القبول من الوارث، أما إذا کان المعتبر عدم الرد تعین التفصیل بین موت الموصی له فی حیاة الموصی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۶۸

فعلی الأول: الأول، و علی الثانی: الثانی؟ وجوه (۱).

[الخامس: إذا أوصی له بأرض فمات قبل القبول]

الخامس: إذا أوصی له بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا؟ وجهان مبنیان علی الوجهین فی المسألة المتقدمة، فعلی

الانتقال إلى الميت ثمَّ إلى الوارث لا- ترث و على الانتقال إليه أولا لا مانع من الانتقال إليها، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثا من الزوج بل وصية من الموصى (٢).

كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون و الوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث و عدمه (٣). أما إذا كانت بما يكون

و بين موته بعد وفاته، فعلى الأول ينتقل المال إلى الوارث بلا واسطته بناء على ما عرفت من امتناع تملك الميت، و على الثانى ينتقل المال إلى الموصى له ثمَّ إلى وارثه.

(١) أقربها الأول، فإنه الظاهر من النصوص، و الحمل على الوارث حين موت الموصى تقييد يحتاج إلى قرينة، حتى إن قلنا بأن المال ينتقل من الموصى إلى الوارث بلا واسطة المورث. و ربما احتمل بعضهم ذلك بناء على صحة القبول منهم فى حياة الموصى، و إلا فالمراد الورثة حال موت الموصى، لأن عدم صحة القبول تمنع من التأهل للقبول، فلا يستحق.

و فيه: أن الإطلاق مانع من الأخذ بالتعليل المذكور.

(٢) لكن الدليل دل على كونها على نحو الإرث، و لذا يجب أن تقسم على نحو قسمة الميراث، فاذا انحصر الوارث فى زوجته و بنته كان للزوجة الثمن و الباقى للبنت، و لا يقسم بالسوية، فتحرم الزوجة مما زاد على النصف، كذلك تحرم من الأصل فى الفرض.

(٣) ذكر ذلك فى القواعد و غيرها. و يشكل أيضاً لما عرفت من أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۶۹

من الحبوة ففى اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال الى الميت أولا فمشكل، لانصراف الأدلة عن مثل هذا (١).

[السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى له]

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى له (٢)، فان قلنا بالانتقال إليه أولًا بعد قبول الوارث، فان

على الوجه الثانى يكون التملك على نحو التملك فى الميراث، فكما تقدم الديون و الوصايا فى الميراث تقدم فى المقام أيضا. اللهم إلا أن يقال: إن ذلك خلاف صريح النص: إنها لورثة الموصى له. و بذلك يفترق المقام عما قبله، بأن ما قبله من قبيل تقييد إطلاق النص بالانصراف، و هنا من قبيل رفع اليد عن الظاهر، لأنه قد يؤدى إلى حرمان جميع الورثة من ذلك فلا يجوز ارتكابه.

اللهم إلا أن يقال: إن الحرمان على تقديره يكون فى بعض الفروض فلا يخرج عن كونه مخالفاً، لإطلاق الدليل. و من هنا يتعين عدم الفرق بين هذه المسألة و ما سبق. فإذاً الأقوى أنه لا فرق بين الوجهين فى لزوم البناء على التسهيم فى الميراث، و على حرمان الزوجة من الأرض، و على تقديم الدين و الوصية.

(١) لا يظهر الفرق بين المقام و ما سبق، و قد عرفت ما هو الأظهر:

نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار أن الوصية بما يكون من الحبوة لا توجب صدق الحبوة، لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الاعداد له، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال، فضلا عن غير المملوك.

(٢) قال فى الشرائع: «فرع: لو أوصى بجارية و حملها أزوجها و هى حامل منه، فمات قبل القبول. كان القبول للوارث، فاذا قبل ملك الوارث الولد إن كان ممن يصح له تملكه. و لا ينعتق على الموصى له لأنه لا يملك بعد الوفاة. و لا يرث أباه، لأنه رق. إلا أن يكون ممن ينعتق على الوارث و يكونوا جماعة، فيشاركهم، و يرث بعتقه قبل القسمة»

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۷۰

قلنا به کشفا و کان موته بعد موت الموصی انعتق علیه (۱)، و شارک الوارث ممن فی طبقته، و یقدم علیهم مع تقدم طبقته فالوارث یقوم مقامه فی القبول (۲)، ثمَّ یسقط عن الوارثیة، لوجود من هو مقدم علیه. و إن کان موته قبل موت الموصی أو قلنا بالنقل و أنه حین قبول الوارث ینتقل إلیه آنا ما،

و فی القواعد: «و لو أوصی له بأبیه فمات فقبل ابنه فعلی الأول (یعنی القول بأن القبول کاشف) تثبت حریته من حین الموت، فیرث السدس».

و المصنف (ره) حرر المسألة بصورة عامة و هی الإیصاء بمن ینعتق علی الموصی له فمات قبل القبول.

(۱) لأنه لا یملکه فی حیاته، فینعتق علیه، فاذا مات مات عن وارث حر- أبا أو ولداً أو غیرهما- کما مات عن غیره من الورثة، فإن کان فی طبقتهم شارکهم، و إن کان مقدما علیهم- کما إذا کان الموصی به أباً أو ولداً للموصی له و کان غیره أخاً له- اختص هو بالمیراث دونهم.

(۲) لانحصار الوارث به قبل القبول، کما أنه بعد القبول ینحصر الوارث بغیره، لأنه مقدم علیه فی الطبقة.

لکن ذکر الشیخ فی المبسوط: أنه ینعتق لکن لا یرث شیئاً من مال الموصی له، لأن صحة الوصیة تتوقف علی قبول جمیع الورثة، إذ لو أراد بعض الورثة أن یقبل جمیع ما أوصی به لمورثه لم یکن له ذلک، فاذا جعلنا هذا الولد وارثا لم تصح الوصیة إلا بقبوله، و القبول منه لا یصح قبل حریته، فکأن ذلک یؤدی إلی إبطال حریته و إبطال الوصیة، فابطلنا الإرث حتی تصح الحریة. انتهی.

و قد أشار العلامة فی القواعد إلی الإشکال المذکور، و الجواب عنه بقوله: «و لا دور باعتبار أن توریثه یمنع کون القابل وارثا، فیبطل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۱

.....

قبوله، فیؤدی توریثه إلی عدمه. لأنا نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه». و حاصله: أن المعتبر من القبول القبول الصادر ممن هو وارث لو لا القبول، أما من هو وارث بالقبول فلا یعتبر قبوله، إما لأن المستفاد من الأدلة اعتبار قبول من کان وارثاً حال القبول.

و فیه: أنه غیر ظاهر، فإنه لو فرض تجدد وجود وارث بعد القبول کان المعتبر قبوله کغیره. و إما لأنه لو اعتبر قبوله کان قبوله موجباً لبطلان قبول غیره، و إذا بطل قبول غیره بطل إرثه، و إذا بطل إرثه بطل قبوله.

لأن القبول إنما یصح من الوارث، فلا بد أن یکون القابل وارثاً لو لا القبول، و لا یجوز أن یکون وارثاً بالقبول. و کأن مرجع الجواب إلی المانع العقلی، و هو أنه یلزم من صحة قبوله عدمه فیمتنع.

و یمکن تقریر ذلک بالنسبة إلی قبول غیره من الورثة فإنه إذا صح منه القبول تحرر الموصی به، و إذا تحرر کان وارثاً، و إذا کان وارثاً کان مستحقاً للقبول و یبطل قبول غیره. و یمکن تقریره بالنسبة إلی الحریة أیضاً، فإنه إذا صار حراً صار وارثاً، و إذا صار وارثاً صار مستحقاً للقبول، و إذا استحق القبول بطل قبول غیره، و إذا بطل قبول غیره بطلت حریته.

و بالجملة: توجد سلسلة أمور مترتبة و هی: قبول الوارث، و انتقال الموصی به إلی الموصی له، و حریة الموصی به، و إرثه، و استحقاقه للقبول و کل واحد منهما یلزم من وجوده عدمه. فالشیخ (ره) قرره فی الإرث و حکم بامتناعه، و العلامة (ره) أجابه بتقریره فی استحقاق الموصی به للقبول و حکم بامتناعه، و قد ذکرنا أنه یمکن تقریره فی صحة قبول الورثة و فی انتقال الموصی به، و فی حریة الموصی به المترتبة علیه، فیحکم بامتناع حریته، و بامتناع انتقاله، و بامتناع صحة قبول الورثة. و بالجملة إذا کان فی سلسلة المترتبات ما یلزم من وجوده عدمه فقد لزم من کل منهما ذلک،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۲

فينعتق، لكن لا يرث (۱) إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة. و ذلک لأنه- على هذا التقدير- انعتق بعد سبق سائر الورثة بالإرث (۲).

و لا- يختص بواحد منها بعينه، لأن استحالة المعلول تستدعى استحالة العلة و بالعكس، كما أن استحالة الملازم تستدعى استحالة ملازمه، و فى المقام إذا استحال واحد من السلسلة استحال الباقى، للزوم الحاصل بينها.

نعم هذه اللزومات إذا كانت عقلية صح ما ذكرنا و بطل الجميع، لعدم المرجح، أما إذا كانت شرعية يبطل الأخير منها و يصح ما قبله، فان الأخير معلوم البطلان، إما من باب التخصيص أو من باب التخصص و غيره مشكوک البطلان يرجع فيه إلى عموم دليله من دون معارض. و حينئذ يتعين البناء على صحة قبول الورثة، و صحة انتقال الموصى به، و ترتب حرمة الموصى به عليه و ترتب وارثيته من الموصى له، و أنه لا يصح منه قبول الوصية، كما ذكر المشهور.

(۱) لأن الإرث مشروط بالحرية حال حياة الموروث، و المفروض أنه فى حال حياة الموصى له لم يكن حراً، أما فى صورة موت الموصى له فى حال حياة الموصى فلأنه فى حال حياة الموصى له كان ملكاً للموصى لم ينتقل منه فلا حرية له، و أما فى صورة موته بعد وفاة الموصى له فلأنه بناء على النقل يكون الانتقال إلى الموصى له بعد وفاته حال القبول، فتكون حريته حينئذ لا فى حياة الموصى له، فلا يكون وارثاً فى الصورتين لانتفاء شرط الإرث.

(۲) لأن إرثهم مقارن لموت الموصى له، و هو متقدم على حريته فى الصورتين، كما عرفت.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۷۳

نعم لو انعتق قبل القسمة فى صورة تعدد الورثة (۱) شاركهم (۲) و إن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له (۳) فلا ينعتق عليه (۴)، لعدم ملكه، بل يكون للورثة، إلا إذا كان ممن ينعتق عليهم أو على بعضهم (۵) فحينئذ ينعتق، و لكن لا يرث إلا إذا كان ذلک مع تعدد الورثة و قبل قسمتهم.

---

(۱) هذا من الأحكام الثابتة للوارث إذا كان ممنوعاً من الإرث من جهة الرقية حال موت الموروث، فإنه إذا تحرر قبل قسمة الميراث بين الورثة يرث، كما إذا كان حراً حال حياة الموروث. أما إذا كان الوارث واحداً فإنه لا مجال لفرض القسمة و اللاقسمة، فالتحرر بعد موت الموروث لا أثر له فى الإرث، لسبق الوارث غيره بالميراث.

(۲) إذا كان فى طبقتهم، و ان كان مقدماً عليهم فى الطبقة تفرد بالميراث، كما تقدم فى الصورة السابقة.

(۳) هذا هو الوجه الثانى من الوجهين السابقين فى الأمر الثالث.

(۴) يعنى على الموصى له. و قد عرفت فيما سبق أن ظاهر الأدلة أن انتقاله إلى الورثة على نحو الميراث، فكأنه انتقل إلى الموصى له ثمَّ إلى ورثته، و حينئذ لا فرق بين الوجهين فى ذلک.

(۵) قد تحقق فى محله أن الرجل لا- يملک عموديه آبائه و أمهاته و أولاده ذكوراً و إناثاً، و لا يملک محارمه من الأخت و العمة و الخالة و بنت الأخ و الأخت، و أن المرأة لا تملک عموديها و تملک محارمها. فاذا كان الموصى به ابناً للميت و كان الوارث أولاداً له فهو لا- ينعتق على الورثة، و لو ملكه الميت انعتق عليه. و إذا كان الموصى به بنتاً للميت و كان الورثة أبناءه فهو ينعتق على الميت و على ورثته، و إذا كان الورثة أولاده ذكوراً و إناثاً فهو ينعتق على الذكور و لا ينعتق على الإناث منهم.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۷۴

[السابع: لا فرق فى قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية و العهدية]

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية و العهدية (۱).

[(مسألة ۸): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية]

(مسألة ۸): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية كما عرفت- فلا يعتبر في العهدية (۲). و يختص بما إذا كان الشخص معين أو أشخاص معينين، و أما إذا كان للنوع أو للجهات- كالوصية للفقراء و العلماء أو للمساجد- فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات (۳)، و إن احتمل

---

(۱) بأن يوصى إلى وصيه أن يعطى زيداً- مثلا- شيئاً، فيموت زيد قبل القبول، كما تضمن ذلك خبر الساباطى المتقدم. لكن العمل به غير ظاهر- كما عرفت- لضعف الخبر، و عدم الجابر له من عمل الأصحاب.

أو غيره، لاختصاص كلماتهم بالوصية التمليكية التي يكون الموت فيها قبل القبول مع تحقق إيجاب التمليك، فلا يشمل الوصية العهدية بالتمليك التي يكون الموت فيها قبل إيجاب التمليك و قبوله.

(۲) يعنى: لا يعتبر قبول الموصى إليه. فيجب العمل بالإيصاء و ان لم يحصل القبول من الموصى إليه أو غيره. نعم للموصى إليه الرد بشرط كونه في حياة الموصى و إعلامه بذلك.

و يحتمل أن يكون المراد قبول الموصى له إذا كانت الوصية عهدية بالتمليك- كما تقدم في الأمر السابع- فإنه يجب العمل بالوصية و إن لم يتحقق القبول من الموصى له، فإذا أوصى بأن يعطى زيد مالا وجب الإعطاء و إن لم يقبل زيد. لكنه كما ترى، فإنه لا يصح الإعطاء الموصى به إلا بالقبول إجماعاً، كسائر الهبات.

(۳) قال في القواعد: «و لو كانت الوصية لغير معين كفى في التمليك

ذلك أو قيل. و دعوى: أن الوصية لها ليست من التمليكية، بل هي عهدية (۱)، و إلا فلا يصح تمليك النوع أو الجهات.

كما ترى (۲). و قد عرفت سابقا قوة عدم اعتبار القبول مطلقا و إنما يكون الرد مانعاً، و هو أيضاً لا يجرى في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقراء مثلا، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل.

الإيجاب و الموت، و لا يتوقف على القبول، كمن أوصى للفقراء، و كذا لو أوصى للمصالح، كعمارة المساجد». و في المسالك: «و إطلاق عبارة الإيجاب و القبول فيه (يعنى: في قول ماتنه في الشرائع: و يفتقر إلى إيجاب و قبول) يشمل الوصية لمعين كزيد، و غيره كالفقراء، فيقبل لهم الحاكم.

و الأصح في الثاني عدم اشتراط القبول، لتعذره في المستحق إن أريد من الجميع، و من البعض ترجيح من غير مرجح. مع أن الوصية ليست له بخصوصه. و قد تقدم مثله في الوقف»، و نحوه ما في جامع المقاصد.

و في الحدائق: «و المفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصية عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول من الموصى إليه إن كان معيناً، و أما غيره- كالفقراء مثلا- فيقبل الحاكم الشرعي أو من ينصبه. و الظاهر في الثاني- كما استظهره جمع من المتأخرين، منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك- عدم التوقف على القبول. و قد تقدم مثله في الوقف».

(۱) هذه الدعوى ادعاها في الجواهر، و تخلص بها عن الاشكال المتوجه على الجماعة، فيكون إطلاق كلامهم أنه يعتبر القبول في الوصية التمليكية في محله من دون أن يلزم محذور.

(۲) أولا: من جهة أن المعروف بينهم أن الوصية المذكورة من قبيل الوصية التمليكية، و لذلك عللوا عدم الاحتياج إلى القبول بما

ذکر،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۶

.....

لا بأنها وصیة عهدیة. کیف؟! و المعروف بینهم أیضاً أن اللام فی قوله تعالی (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ.) «۱» للملک.

و ثانیاً: من جهة أن الوصیة العهدیة تختص بالإیصاء و الوصیة هنا لیست کذلک، بل إن بنینا علی امتناع ملک العناوین و الجهات تعین أن تکون الوصیة المذکورة قسماً ثالثاً، لا تملیکیة و لا عهدیة، بل هی تخصیصیة تفید إنشاء التخصیص بالعنوان و الجهة. فإن کان المراد من الوصیة التملیکیة ما یعم ذلک جاء الاشکال السابق، و إن کان المراد ما یقابل ذلک کان اللازم تقسیم الوصیة إلی ثلاثة أقسام: تملیکیة و عهدیة و تخصیصة، لا تقسیمها إلی القسمین الأولین فقط.

و التحقیق: ما ذکر فی الجواهر من امتناع تملیک النوع و الجهات، لأن الملکیة تستوجب نوعاً من التابعیة و المتبوعیة، و ذلک لا یتحقق فی النوع و لا فی الجهة، لأن المتبوعیة لا یصح اعتبارها إلا مع الهیمنة للمتبوع علی التابع، و النوع و الجهة لا تصلح لذلک. کما أن التحقیق أن الوصیة بمال للفقراء أو المسجد لیست من قبیل الوصیة العهدیة، بل هی من سنخ الوصیة التملیکیة، لکن لا تملیک فیها، بل اختصاص و تخصیص.

و علی هذا فان کان الوجه فی اعتبار القبول فی الوصیة التملیکیة هو الإجماع علی أنها من العقود فهو غیر شامل لما نحن فیه. و إن کان هو أصالة عدم الانتقال بدون القبول فهو مشترک بینها و بین ما نحن فیه. و إن کان قاعدة السلطنة علی النفس الجاریة فی حق الموصی له فهو غیر آت هنا، إذ التخصیصیة لیس فیها تصرف فی المخصص له، و إنما هو تصرف فی المال فقط، فاذا ملکت زیداً شیئاً فقد جعلته مالکاً و مهیمناً، و إذا خصصت مالک به فلم تکن تصرفت فی زید، و إنما تصرفت فی مالک.

---

(۱) التوبة: ۶۰.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۷

[(مسألة ۹): الأقوی فی تحقق الوصیة کفایة کل ما دل علیها من الألفاظ]

(مسألة ۹): الأقوی فی تحقق الوصیة کفایة کل ما دل علیها من الألفاظ (۱)، و لا یعتبر فیه لفظ خاص، بل یکفی کل فعل دال علیها (۲)، حتی الإشارة و الکتابة- و لو فی حال الاختیار- إذا کانت صریحة فی الدلالة، بل أو ظاهرة

---

(۱) قال فی الشرائع: «فالإیجاب کل لفظ دل علی ذلک القصد» و نحوه کلام غیره. و یظهر من المتن وجود قول بأنه یعتبر فیها لفظ خاص و لم أقف علی ذلک فیما یحضرنی. نعم فی الجواهر: «ینبغی أن یکون استعماله اللفظ فی ذلک جاریاً مجری الاستعمال المتعارف، و لا یکفی إرادته ذلک من لفظ غیر صالح لإرادته حقیقة و لا مجازاً». و یشکل بأنه بعد ظهور المراد لا مجال للتوقف فی الصحة عملا بإطلاق الأدلة.

(۲) کما عن التذکرة احتماله، و عن المناهل و الریاض: الجزم به، و فی الجواهر: «لعله الظاهر من النافع». لکن المشهور العدم، بل فی الجواهر:

أنه ظاهر الأصحاب و صریح بعضهم، و عن السرائر: نفی الخلاف فیه، و فی رسالة شیخنا الأعظم ظهور عدم الخلاف فیه، و فی الشرائع: «فالإیجاب کل لفظ دل علی ذلک القصد» و نحوه ما فی القواعد، و یظهر من شروحهما المفروغیة عنه. و کأنه لأنه مقتضی

کونها عقداً، لعدم تحقق العقد بالفعل.

و فی الجواهر- بعد أن اختار الجواز- قال: «إلا أنه لیس عقداً لها (یعنی للوصیة) فهو شبه المعاطاة فی العقود اللازمة التی تندرج فی الاسم، و لا یجری علیها حکم العقد» یعنی: یصدق أنه وصیة و لا یصدق عقد الوصیة و فیه: أن ذلک ینافی ما ذکروه من أنها عقد، فاذا کان إنشاؤها بالفعل یندرج فی الاسم وجب کونها عقداً حینئذ، و إلا لم تکن الوصیة عقداً علی وجه الکلیة.

فإذاً التحقیق: أن مقتضی إطلاق الأدلة الصحة إذا کان الإنشاء

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۸

فإن ظاهر الافعال معتبر کظاهر الأقوال. فما یظهر من جماعة (۱) اختصاص کفایة الإشارة و الکتابة بحال الضرورة، لا وجه له، بل یکفی وجود مکتوب منه (۲) بخطه و مهره إذا علم کونه إنما کتبه بعنوان الوصیة. و یمکن أن یستدل علیه

بقوله (ع): «لا ینبغی لامرء مسلم أن یبیت لیلة إلا و وصیته تحت رأسه» (۳)

بل یدل علیه ما رواه الصدوق عن إبراهیم بن محمد الهمدانی (۴)

بالفعل کالقول. و ما فی جامع المقاصد من أنه مع إمکان النطق لا تکفی الإشارة، لانتفاء دلیل الصحة، کما تری، إذ التحقیق حصول إنشاء المعنی العقدی بالفعل کالقول.

(۱) قد عرفت نسبته إلی المشهور، و ظاهر الأصحاب، و ظهور عدم الخلاف، و نفی الخلاف، و عن ظاهر الغنیة: الإجماع علیه.

(۲) کما یقتضیه الإطلاق. و لا مقتضی للتقیید بما إذا کانت الکتابة مشاهدة حال حدوثها.

(۳) رواه المفید فی المقنعة مرسلا

، و کذا الشیخ فی المصباح

«۱». و إرساله مانع عن العمل به، و لا سیما مع مخالفة المشهور. مع إشکال دلالته، لعدم کونه فی مقام حجیة الکتابة، فمن الجائز أن الاعتماد یکون علی قوله: إن هذه وصیتی فاعملوا بها، کما یشیر إلی ذلک الخبر الآتی.

(۴) و رواه الشیخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن عمر بن علی عن إبراهیم بن محمد الهمدانی

«۲» و ظاهره التفصیل بین الولد و غیرهم من

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۵، ۷. لکن مع اختلاف یسیر فی متن الحدیث لا یخل بالمعنی.

(۲) الوسائل باب: ۴۸ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲. لکن مع اختلاف یسیر فی متن الحدیث لا یخل بالمعنی.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۷۹

قال: «کتبت إلیه: کتب رجل کتاباً بخطه، و لم یقل لورثته هذه وصیتی و لم یقل إنی قد أوصیت، إلا أنه کتب کتاباً فیه ما أراد أن یوصی به، هل یجب علی ورثته القیام بما فی الکتاب، بخطه و لم یأمرهم بذلک؟ فکتب: إن کان له ولد ینفذون کل شیء یجدون فی کتاب أبیهم فی وجه البر و غیره».

[(مسألة ۱۰): یشترط فی الموصی أمور]

اشارة

(مسألة ۱۰): يشترط في الموصى أمور

[(الأول): البلوغ]

(الأول): البلوغ

الورثة، و لم يعرف قائل بذلك.

نعم عن نهاية الشيخ إلزام الورثة بالمكتوب إذا عملوا ببعضه، و هو تفصيل آخر نسبه في الجواهر إلى رواية قاصرة سنداً و دلالة. و في رسالة شيخنا الأعظم: أنها قاصرة سنداً. و لم نقف على غير رواية المتن، و لعلها هي المرادة من كلامهم.

لكن قصور سندها غير ظاهر، فان طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني عن علي بن إبراهيم عن أبيه.

و أحمد بن زياد ثقة، و علي بن إبراهيم من الأجلاء، و أبوه مصحح الحديث، و أما إبراهيم فهو من الوكلاء الثقات.

نعم قصور دلالتها على هذا التفصيل ظاهر. و إن كان المحكي عن التذكرة أنه

رواها هكذا: «إن كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء».

و حمله على أنهم اعترفوا بصحة الخط.

و الأنسب في رواية المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد، نظير قضاء الصلاة و الصوم، فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول، لا على حجيتها، كما قصد المصنف (ره).

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۵۸۰

فلا تصح وصية غير البالغ (۱). نعم الأقوى- وفاقا للمشهور (۲)- صحة وصية البالغ عشرا، إذا كان عاقلا، في وجوه المعروف، للأرحام أو غيرهم. لجملة من الأخبار المعتبرة (۳).

---

(۱) هذا من القطعيات في الجملة. لما دل على قصور سلطنة الصبي على نفسه و ماله، كتاباً و سنة.

(۲) كما في المختلف و جامع المقاصد و الحدائق و الجواهر و غيرها، و المصرح به في عبارات الشيخين و ابن البراج و أبي الصلاح و ابن حمزة و غيرهم، و في الشرائع: أنه الأشهر.

(۳) منها

مصحح عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» «۱»

، و

صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز» «۲»

، و

موثق منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» «۳»

، و

موثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) «قال: إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته، و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته» «۴»

، و

موثق أبي أيوب و أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): «في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت» «۵»

، و

صحیح محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) یقول: إن الغلام

---

(۱) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۷.

(۴) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۵.

(۵) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۱

خلافا لابن إدریس (۱).

إذا حضره الموت فأوصی و لم یدرک جازت وصیته لذوی الأرحام، و لم تجز للغرباء» «۱»

، و

صحیح ابی بصیر عن ابی عبد الله (ع): «قال: إذا بلغ الغلام عشر سنین و اوصی بثلث ماله فی حق جازت وصیته، و إذا کان ابن سبع سنین فأوصی من ماله بالیسیر فی حق جازت وصیته» «۲»

و

موثق محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «قال: یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و صدقته و وصیته و إن لم یحتلم» «۳».

و هذه النصوص اشتمل بعضها علی العقل و بعضها علی العشر سنین، و لا یبعد ان یکون الجمع العرفی هنا التقیید فیشترط الأمران معاً. بـل اعتبار العقل إجماعی- کما فی الجواهر- فلا مجال لاحتمال سببیة کل منهما کما هو الأصل فی القضایا الشرطیة التی یتعدد فیها الشرط و یتحد فیها الجزاء لوجوب رفع الید عنه بالإجماع المذکور فی الشرطیة التی شرطها العشر، و یلزمه رفع الید عن إطلاق الشرط فی الشرطیة التی شرطها العقل، لئلا یکون شرط العشر بلا فائدة.

ثمَّ إن بعض النصوص المذکورة ذکر فیه الحد المعروف و الحق، و آخر ذکر فیه إصابة موضع الوصیة. و الظاهر من الجمیع ما تکون الوصیة فیه عقلائیة شرعیة. و بها یقید الإطلاقات السابقة. و حینئذ یتم ما ذکر المشهور.

(۱) قال: «الذی یقتضیه أصول مذهبنا ان وصیة غیر المکلف البالغ غیر صحیحة، سواء کانت فی وجوه البر أو غیر وجوه البر».

---

(۱) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۴۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲.

(۳) التهذیب: باب وصیة الصبی و المحجور علیهم حدیث: ۸ لکن رواه فی الوسائل عن جمیل بن دراج عن أحدهما (ع) فی باب: ۱۵ من أبواب کتاب الوقوف و الصدقات حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۲

و تبعه جماعة (۱).

ثمَّ استدل علی ذلک بما دل علی حجر الصبی، ثمَّ قال: «و إنما هذه اخبار آحاد أوردها فی النهایة إیراداً». و إشکاله ظاهر، فان فی

الاخبار المذکورة الصحیح و الموثق و هما حجة، فلا یجوز رفع الید عنها.

(۱) منهم ظاهر المختلف، قال: «و هـذه الروایات و إن کانت متظافرة، و الأقوال مشـهورة، لکن الأحوط عـدم إنفاذ وصـیته مطلقاً حتی یبلغ، لعدم مناط التصـرف فی المال عنه»، و جامع المقاصد قال: «و المناسب لأصول المذهب و طریقة الاحتیاط القول بعدم الجواز»، و المسالک قال:

«و هـذه الروایـات التی دلت علی الحکم و إن کـان بعضـها صـحیحاً، إلاـ انهـا مختلفـة، بحیث لاـ یمکن الجمع بینهـا، و إثبات الحکم المخالف للأصل بها مشکل».

و الإشـکال فی الجمیع ظاهر، فان الاحتیاط لیس بحجـة. مع ان اقتضاءه عـدم النفوذ ممنوع. و الأصل لا مجال له مع الدلیل. و اختلاف النصوص المتقدمـة مع إمکـان الجمع العرفی بحمل المطلق علی المقیـد لا یمنع من وجوب الأخـذ بها. و لو فرض عـدم إمکان الجمع العرفی فاللازم التخییر لا سـقوط الطرفین. نعم ورد فی الأخبار ما فیه نوع مخالفـة لغیره، کصـحیح محمـد و ابی بصـیر المتقـدمین، فان الجمع العرفی بینهما و بین غیرهما ممکن بتقییـده بهما. لکنهما غیر معمول بهما، فیسـقطان عن الحجیة، لا انه تسـقط جمیع النصوص و یرجع إلی عموم المنع.

هذا و عن ابن الجنید انه تصح وصیته إذا بلغ ثمانی سنین،

لروایـة الحسن بن راشـد عن ابی الحسن العسـکری (ع): «إذا بلغ الغلاـم ثمـانی سـنین فجائز أمره فی ماله، و قـد وجب علیه الفرائض و الحدود. و إذا تمَّ

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۳

[(الثانی): العقل]

(الثـانی): العقل، فلا تصـح وصـیة المجنون (۱). نعم تصـح وصـیة الأـدواری منه إذا کـانت فی دور إفـاقته (۲). و کـذا لا تصح وصـیة السـکران حال سـکره. و لا یعتبر اسـتمرار العقل فلو اوصـی ثمَّ جن لم تبطل (۳). کمـا انه لو أغمی علیه أو سـکر لا تبطل وصـیته (۴). فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصیة.

[(الثالث): الاختیار]

(الثالث): الاختیار (۵).

[(الرابع): الرشد]

(الرابع): الرشد، فلا

للجاریة سبع سنین فکذلک» «۱».

و فی الشرائع: «الروایة شاذة».

لمخالفتها لإجماع المسـلمین علی ظاهرها من حصول البلوغ بذلک، فان عمل بها لزم ترتیب جمیع احکام البلوغ ببلوغ الثمان سـنین. و إن طرحناها فی غیر الوصیة للإجماع تعین طرحها فیها ایضاً لذلک.

(۱) بلا خلاف و لا إشکال. لسلب عبارته لسلب قصده، فلا یصح إنشاؤه و إن کان عن قصد. و العمدة الإجماع.

(۲) کما نسب إلی الأصحاب لعدم المانع، فیدخل فی عموم الأدلة.
(۳) للأصل. و یقتضیه الإجماع المحکی عن مصابیح العلامة الطباطبائی بل تصریح الأصحاب بصحة وصیة الأدواری ظاهر فی بنائهم علی عدم بطلانها بطرو الجنون، فیکون المقام خارجاً عن قاعدة بطلان العقود الجائزة بطرو الجنون- بناء علی ان الوصیة منها- کما لا تبطل بالموت ضرورة، بل الموت ملزم لها، کما هو ظاهر.
(۴) لما ذکر.
(۵) إجماعاً. و یقتضیه حدیث نفی الإکراه المروی عند الفریقین، بل قیل: إنه متفق علیه بین المسلمین. و هو و إن کان ظاهراً فی نفی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب کتاب الوقوف و الصدقات حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۴

تصح وصیة السفیه (۱) و إن کانت بالمعروف سواء کانت قبل حجر الحاکم أو بعده. و اما المفلس فلا مانع من وصیته و إن کانت بعد حجر الحاکم، لعدم الضرر بها علی الغرماء (۲)، لتقدم الدین علی الوصیة،

[(الخامس): الحریة]

(الخامس): الحریة، فلا تصح

المؤاخذة لکن استشهاد الامام (ع) به فی نفی الصحة یقتضی جواز التمسک به فی المقام.
ففی صحیح البزنطی عن ابی الحسن (ع): «فی الرجل یستکره علی الیمین، فیحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما یملک أ یلزمه ذلک؟ فقال (ع): لا. قال رسول الله (ص): وضع عن أمتی ما أکرهوا علیه و ما لم یطیقوا و ما اخطأوا» «۱».
(۱) کما عن ظاهر ابن حمزة، و عن التحریر، و هو ظاهر القواعد، و فی جامع المقاصد: انه قوی. لعموم حجر السفیه عن التصرف فی ماله لکن فی جامع المقاصد: «المشهور بین الأصحاب جواز وصیة السفیه فی البر و المعروف» و فی الحدائق عن الدروس: انه حکی عن المفید و سلار و الحلبی عدم نفوذ وصیته إلا فی البر و المعروف. و یقتضیه عموم الصحة و قصور أدلة الحجر عن شمول المقام، لظهورها فی الامتنان علیه، فلا تقتضی حرمانه عن الانتفاع بماله.
(۲) لأن المانع من صحة تصرفه کونه مزاحماً لحقوق الغرماء، و هذا المعنی غیر آت فی الوصیة، لتقدم الدین علیها. و إن کانت لا یترتب الأثر علیها إلا بعد خروجه حال الموت عن التفلیس، إما لتملکه مالًا یزید علی دینه، أو لبراءة ذمته من بعض الدین. و کذا إذا برئت ذمته بعد الموت من بعض الدین بتبرع أو بإبراء بعض الغرماء. و بالجملة: المفلس لا یترتب الأثر علی وصیته إلا إذا مات غیر مفلس، فیکون حال التفلیس

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب جواز الحلف بالیمین الکاذبة حدیث: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۵

وصیة المملوک، بناء علی عدم ملکه و إن أجاز مولاه (۱) بل و کذا بناء علی ما هو الأقوی من ملکه (۲)، لعموم أدلة الحجر و

قوله (ع): لا وصیة لمملوک (۳)

، بناء علی إرادة نفی وصیته لغیره (۴)، لا نفی الوصیة له. نعم لو أجاز مولاه صح، علی البناء المذکور. و لو اوصی بماله ثمَّ انعتق و

کان المال باقیاً فی

حال الرقیة، فإنه لا تصح وصیة الرق إلا إذا مات حراً، کما سیأتی.

و علیه فلا وجه للفرق بینهما فی الشرطیة و عدمها.

(۱) لأن التعلیق مبطل للتصرف المعلق علیه الا فی موارد مخصوصة و من تلک الموارد الوصیة التملیکیة، و تختص بمال الموصی و لا تشمل الوصیة بمال غیره، کما ذکر فی الجواهر. فاذا قال القائل: مال زید لعمرو بعد وفاتی لم یصح وصیة و لا غیرها و إن أجاز المالک، لما عرفت من مانعیة التعلیق.

(۲) قد تعرضنا لذلک فی مباحث الاستطاعة من کتاب الحج.

(۳) رواه الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید عن علی بن حدید عن جمیل بن دراج عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما (ع) «۱». و السند صحیح لو لا علی بن حدید، و إن کان الأظهر اعتبار حدیثه. لکن فی الجواهر: ان الخبر غیر جامع لشرائط الحجیة.

(۴) فتکون نظیر الإضافة إلی الفاعل، و هو الأظهر، فإنه إذا دار المضاف إلیه بین کونه فاعلا- و مفعولا- حمل علی الأول، فإذا قلت: ضرب زید حسن، و لم تکن قرینة علی إرادة الإضافة إلی المفعول حملت علی کونها إضافة الی الفاعل.

هذا و کان الأولی الاستدلال

بصحیحة محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) «انه قال فی المملوک: ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا یجوز له تحریر

---

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۶

یده صحت (۱)، علی اشکال (۲).

و لا کثیر عطاء، و لا وصیة إلا ان یشاء سیده» «۱».

و بما ورد فی المکاتب من انه تصح وصیته بقدر ما أعتق منه

«۲»، فإنهما أصح سنداً و أوضح دلالة. و کأن المصنف (ره) لاحظ الاختصار.

(۱) کما قواه فی الجواهر. لعموم أدلة الصحة، و الحجر المانع عن الصحة یختص بزمان الرقیة، فإذا زالت زال، و مجرد الوقوع فی زمان الحجر لا یقتضی المنع إلی الأبد، و إنما یقتضی الحجر ما دام الرق.

(۲) لوقوع الوصیة حال الرقیة. و

لقوله (ع): «لا وصیة لمملوک»

و لأنها بمنزلة الوصیة المعلقة علی الحریة لکن عرفت ان وقوع الوصیة حال الرقیة و الحجر لا یقتضی المنع إلی الأبد، إذ لا قصور فی التصرف و إنما القصور فی المتصرف- کما یشیر إلیه

قوله (ع) فی صحیح محمد بن قیس: «إلا ان یشاء سیده

- فاذا زال المانع ترتب الأثر. و

قوله (ع): «لا وصیة لمملوک»

ظاهر فی عدم ترتب الأثر ما دامت لمملوک، لا مطلقاً و تعلیق الوصیة علی الحریة ممنوع، و إنما المعلق حکم الشارع بالصحة و النفوذ. بل قد یقال: بأنه لو سلم فهو غیر قادح، نظیر قوله: إن کانت زوجتی فهی طالق. مما کان المنشأ معلقاً ذاتاً علی الشرط. اللهم إلا ان یفرق بین الشرط الحالی المشکوک و الاستقبالی، فلا- یصح: إن تزوجت فزوجتی طالق، و إن صح: إن کانت زوجتی فهی طالق.

اللهم إلا ان یقال: یصح التعلیق فی الوصیهٔ علی الأمر الحالی و الاستقبالی، کما یصح التعلیق علی الموت، ضرورهٔ صحهٔ الوصیهٔ بأنه إذا تزوج زید فاخلعوا علیه و إذا ولد له فاختنوا ولده، و ثلثی لاولادی إذا کانوا من الأخیار، أو

(۱) الوسائل باب: ۷۸ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

(۲) راجع الوسائل باب: ۸۱ من أبواب کتاب الوصایا.

نعم لو علقها علی الحریهٔ (۱) فالأقوی صحتها. و لا یضر التعلیق المفروض، کما لا یضر إذا قال: هذا لزید إن مت فی سفری. و لو اوصی بدفنه فی مکان خاص لا یحتاج إلی صرف مال فالأقوی الصحهٔ (۲). و کذا ما کان من هذا القبیل.

[(السادس): ان لا یکون قاتل نفسه]

(السادس): ان لا یکون قاتل نفسه، بأن أوصی بعد ما أحدث فی نفسه ما یوجب هلاکه- من جرح أو شرب سم أو نحو ذلک- فإنه لا تصح وصیته، علی المشهور (۳) المدعی علیه

من أهل العلم، و نحو ذلک مما کان المعلق علیه فی الوصیهٔ العهدیهٔ و التملیکیهٔ أمراً آخر غیر الموت، فإنه لا یمکن الالتزام ببطلانها. و اما ما ذکره الماتن من المثال فهو من قبیل التعلیق علی الموت الذی هو داخل فی مفهوم الوصیهٔ، فلا یقاس علیه المقام.

(۱) کان المناسب فی التعبیر ان یقول: و لو علقها ..

(۲) لکنه خلاف إطلاق أدلهٔ الحجر، مثل قوله تعالی (عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ) «۱». و فی صحیح زرارهٔ عن ابی جعفر (ع) و ابی عبد الله (ع) قالا: «المملوک لا یجوز طلاقه و لا نکاحه إلا بإذن سیده. قلت: فان السید کان زوجه بید من الطلاق؟ قال: بید السید (ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ) أ فشیء الطلاق» «۲».

(۳) فی المسالک: «هذا مشهور بین الأصحاب»، و نحوه فی الحدائق و فی الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده». بل عن الإیضاح: نسبته غیر مرهٔ إلی الأصحاب مشعراً بالإجماع علیه، و لم أقف علی من ادعی الإجماع صریحاً.

(۱) النحل: ۷۵.

(۲) الوسائل باب: ۴۵ من أبواب مقدمات الطلاق و شروطه حدیث: ۱.

الإجماع. للنص الصحیح (۱)، الصریح. خلافاً لابن إدریس (۲) و تبعه بعض (۳). و القدر المنصرف إلیه الإطلاق الوصیهٔ

(۱) و هو

صحیح ابی ولاد حفص بن سالم قال: «سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول: من قتل نفسه متعمداً فهو فی نار جهنم خالداً فیها. قلت (قیل له. خ ل): أ رأیت إن کان اوصی بوصیهٔ ثمَّ قتل نفسه من ساعته تنفذ وصیته؟ قال: فقال: إن کان اوصی قبل ان یحدث حدثاً فی نفسه من جراحهٔ أو قتل أجیزت وصیته فی ثلثه، و إن کان اوصی بوصیهٔ بعد ما أحدث فی نفسه من جراحهٔ أو قتل لعله یموت لم تجز وصیته» «۱».

و علل ایضاً- کما فی المختلف- بدلالهٔ الفعل علی سفهه و بعدم استقرار حیاته، فیکون فی حکم المیت، و بأن القاتل یمنع عن

المیراث لغیره فیمنع من نفسه، لأن قبول وصیته نوع إرث لنفسه. لکن ضعف الجمیع ظاهر، و ان أتعب نفسه فی المسالک و الجواهر فی بیان ذلک فلاحظ.

(۲) قال: «الذی یقتضیه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا ان وصیته ماضیة صحیحة إذا کان عقله ثابتاً علیه»، و احتج علی ذلک بأنه حی عاقل مکلف، و بالنهی عن تبدیل الوصیة بعد سماعها بالقرآن، و انه لا یجوز تخصیص القرآن بخبر الواحد.

(۳) کالعلامة فی المختلف، فإنه بعد ما نقل عن ابن إدریس الاحتجاج بما ذکر قال: «و قول ابن إدریس لا بأس به»، و عن الروضة: انه حسن و فی المسالک: ان لکلام ابن إدریس وجهاً وجیهاً، و ان کان الوقوف مع المشهور و العمل بالنص الصحیح أقوی. و فی القواعد: «و لو قیل بالقبول مع تیقن رشده بعد الجرح کان وجهاً». و فی الجواهر: «و أغرب من ذلک قوله فیها (یعنی: فی القواعد) و تحمل الروایة علی عدم استقرار

---

(۱) الوسائل باب: ۵۲ من أبواب أحکام الوصایا حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۸۹

بالمال (۱). و اما الوصیة بما یتعلق بالتجهیز و نحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها. کما ان الحکم مختص بما إذا کان فعل ذلک عمداً (۲) لا سهواً أو خطأ- و برجاء ان یموت (۳)- لا لغرض آخر- و علی وجه العصیان (۴)- لا مثل الجهاد فی سبیل الله- و بما لو مات من ذلک. و اما إذا عوفی ثمَّ اوصی صحت وصیته بلا إشکال (۵).

و هل تصح وصیته قبل المعافاة إشکال (۶). و لا یلحق التنجیز

الحیاة»، و هل من الممکن احتمال اعتبار استقرار الحیاة فی صحة الوصیة؟

و هل هو إلا تقیید للأدلة من غیر مقید؟ و کیف جاز ارتکابه و لم یجز ارتکاب تقییدها بالنص الصحیح؟.

(۱) الصحیح المتقدم مختص بالمال، بقرینة قوله (ع):

«فی ثلثه»

و لیس ذلک من باب انصراف الإطلاق.

(۲) کما قید به فی الصحیح.

(۳) کما قید به فی الصحیح بقوله (ع):

«لعله یموت»

. (۴) کما یقتضیه قوله:

«فهو فی نار جهنم ..»

. (۵) کما فی الجواهر. لاختصاص النص بمن قتل نفسه، فلا یشمل المقام.

(۶) و فی الجواهر: «لا یخلو من نظر مع فرض عدم تجدد إنشاء تملیک، و لذا لو نسیها و لم یجددها لم تنفذ علی الأقوی». و فیه: ان الدلیل مختص بما إذا مات بذلک السبب، فلا یشمل ما لو عوفی ثمَّ عرضه سبب آخر فمات به و إن کان قد نسی الوصیة. کیف و مورد النص من قتل نفسه، و هو غیر شامل للفرض، فلا إطلاق له یشمل المقام، فلا مانع من صحة إیجاب الوصیة فیه قبل ان یعافی إذا کان قد عوفی بعد ذلک

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۰

بالوصیة (۱). هذا و لو أوصی قبل ان یحدث فی نفسه ذلک ثمَّ أحدث صحت وصیته، و إن کان حین الوصیة بانیاً علی أن یحدث

ذلک بعدها. للصحیح المتقدم (۲). مضافاً إلی العمومات.

[(مسألة ۱۱): یصح لکل من الأب و الجد الوصیة بالولایة علی الأطفال]

(مسألة ۱۱): یصح لکل من الأب و الجد الوصیة بالولایة علی الأطفال (۳).

و ما فی الجواهر من أن مقتضی إطلاق الصحیح عدم الأثر للإیجاب قبل أن یعافی من العارض غیر ظاهر.

(۱) کما استظهره فی الجواهر، لعدم صدق الوصیة علیه، فلا یشمله الدلیل، و فی الجواهر: «اللهم إلا أن یقال: إن منع الشارع له من الوصیة لعدم الثلث له، فیمنع التنجیز أیضاً لذلک، بناء علی أنه منه.

لکن لا یخلو من نظر». بل منع عملا بإطلاق الأدلة.

(۲) فإن إطلاقه شامل للمقام.

(۳) نصاً و فتوی، بل إجماعاً بقسمیه، کما فی الجواهر، و فی المسالک:

انه محل النص و الوفاق انتهی. و المراد من النص ما ورد فی جملة من أبواب الوصایا،

کروایة سعد بن إسماعیل عن أبیه قال: «سألت الرضا علیه السلام عن وصی أیتام یدرک أیتامه، فیعرض علیهم أن یأخذوا الذی لهم فیأبون علیه کیف یصنع؟ قال (ع): یرد علیهم و یکرههم علیه (علی ذلک. خ ل)» «۱».

و

روایة محمد بن عیسی عمن رواه عن أبی عبد الله (ع): «قال فی رجل مات و أوصی الی رجل و له ابن صغیر فأدرک الغلام و ذهب الی الوصی و قال له رد علی مالی لأتزوج، فأبی علیه ..» «۲».

و

موثقة محمد بن مسلم عن أبی عبد الله (ع): «أنه

---

(۱) الوسائل باب: ۴۷ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۴۶ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

مع فقد الآخر، و لا تصح مع وجوده (۱). کما لا یصح ذلک لغیرهما (۲) حتی الحاکم الشرعی،

سئل عن رجل أوصی الی رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصیة أن یعمل بالمال و أن یکون الربح بینه و بینهم، فقال: لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له فی ذلک و هو حی» «۱».

و نحوها غیرها.

(۱) قال فی الشرائع: «و إذا أوصی بالنظر فی مال ولده إلی أجنبی و له أب لم تصح، و کانت الولایة إلی جد الیتیم دون الوصی، و قیل:

یصح ذلک فی قدر الثلث مما ترکه و فی أداء الحدائق»، و فی الجواهر:

«بلا خلاف أجده فیه فی الجملة، بل الظاهر الإجماع علیه». و یظهر من الشرائع ذلک أیضاً، حیث لم یتعرض لنقل قول بصحة الوصیة.

و القول الآخر للشیخ، و لکنه خارج عن موضوع المسألة من النظر فی مال ولده.

اللهم الا بناء على انتقال المال إلى الورثة و تعلق الحقوق بها. و فى الجواهر:

«المتجه- بناء على ذلک- صحة الوصایة على مثل ذلک، و لیس معارضاً لولایة الجد».

و کیف کان فالذى یظهر منهم المفروغیة عن عدم صحة الوصایة للأجنبى مع معارضتها لولایة الجد و هو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الإطلاق الشامل للصورة المذکورة. بل قد ذکرنا فى (نهج الفقاهة) فى مبحث الولایة الإشکال فى وجود إطلاق فى دلیل ولایة الأب فى حال حیاته، فضلا عن المقام. و علیه فلا مجال للتأمل فى عدم الوصیة بالولایة من الأب على الولد مع وجود الجد.

(۲) یعنى: الوصیة بالولایة على الأطفال لغیر الأب و الجد، کالوصى و الحاکم الشرعى. لعدم دلیل على ولایتهما على الأطفال بعد الموت، فکیف

---

(۱) الوسائل باب: ۹۲ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

فإنه بعد فقدهما (۱) له الولایة علیهم ما دام حیاً، و لیس له أن یوصى بها لغیره بعد موته (۲)، فیرجع الأمر بعد موته

یصح لهما جعلها لغیرهما؟. أما الوصى فولایته بجعل الموصى، و المجعول إنما هو أن یتولى مباشرة لا غیر، فلا یصح له جعلها لغیره. نعم إذ کان الموصى قد أوصى إلیه أن یجعل بعده لغیره جاز له ذلک حینئذ، أما إذا لم یجعل له ذلک فلیس له ذلک. و اما الحاکم الشرعى فالعمدة فى الدلیل على ولایته مقبولة ابن حنظلة المتضمنة جعل الحاکم الشرعى حاکماً، الموجبة لثبوت أحکام الحاکم له، و منها تولى الأیتام و شؤونهم، و لم یثبت أن للحاکم ولایة نصب الولى بعده، فالمرجع أصالة عدم ترتب الأثر.

(۱) و فقد الوصى لأحدهما. بلا خلاف و لا إشکال، کما یستفاد من النصوص، کصحیح على بن رئاب

، و موثق سماعة

، و صحیح إسماعیل بن سعد

المذکورة فى أواخر أبواب الوصیة من الوسائل «۱». و یقتضیه الأصل بعد قصور دلیل ولایة الحاکم عن شمول المقام. فراجع.

(۲) بلا خلاف ظاهر. و نص علیه فى الجواهر و أطال فى تقریبه و العمدة فیه ما عرفت من قصور أدلة ولایة الحاکم الشرعى عن إثبات ولایته على الوصیة إلى غیره بالولایة بعد وفاته. و اما کون الولایة للصنف، فاذا فقد فرد منه کان له فرد آخر لا یقتضى ذلک، لجواز أن یکون حال الفرد الآخر مع الوصى حاله مع الموصى.

و بالجملة: الولایة للصنف تقتضى أن لا تکون الولایة للفرد إلا بعمل و هو إنشاء التولى، فإذا أنشأ التولى، أحد الأفراد صار هو الولى، فإذا أوصى الى شخص کان هو الولى، و کما أنه مع تولى أحد أفراد الصنف لا یمکن تولى الفرد الآخر، کذلک مع إنشاء الوصیة لبعض الأشخاص

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۸۸ من کتاب الوصایا.

إلى الحاکم الأخر، فحاله حال کل من الأب و الجد مع وجود الأخر. و لا ولایة فى ذلک للأم (۱)، خلافاً لابن الجنید (۲) حیث جعل لها بعد الأب إذا کانت رشیدة. و على ما ذکرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غیرهم بمال، و جعل أمره إلى غیر الأب و الجد و غیر الحاکم، لم یصح (۳)، بل یکون للأب و الجد مع وجود أحدهما، و للحاکم مع فقدهما. نعم لو أوصى لهم على أن یبقى بید الوصى ثمَّ یملکه لهم بعد بلوغهم، أو على أن یصرفه علیهم من غیر أن یملکهم، یمکن أن یقال بصحته (۴) و عدم رجوع أمره

إلی الأب و الجد أو الحاکم.

لا یمکن تولی الفرد الآخر، لأن صحة التولی موقوفة علی عدم وجود الولی.

(۱) علی المشهور شهرة عظیمة، و فی الجواهر: «بلا خلاف معتد به». للأصل بعد عدم الدلیل علی ولایتها.

(۲) حکی أنه قال: «الأب الرشید أولی بأمر ولده الأطفال من کل أحد. و کذا الأم الرشیدة بعده». و لم یعرف له موافق، کما لم یعرف له دلیل. و فی المسالک و غیرها: أنه شاذ.

(۳) کما نص علیه فی الشرائع و غیرها، لما عرفت.

(۴) فی الجواهر «ففی تسلط الأب حینئذ إشکال، من عدم ملکیتهم للمال فلا تسلط لولیهم علیه، و من کونه حقاً لهم و الولی مسلط علیه کالمال.

و قد یفرق بین الأول و الثانی، و لعل الأول أقوی». بل هو الأقوی لأن الوصیة تکون بالولایة علی مال الموصی، لا مال الطفل، و لیس هناک حق للطفل کی یکون تحت ولایة ولیه، لأن مجرد الوصیة بالتملیک له أو الصرف علیه لا یوجب حقاً له، و لذلک لا یسقط بالإسقاط، فهو من الأحکام لا غیر. و الله سبحانه العالم العاصم الحاکم، و هو حسبنا وَ نِعْمَ الْوَکِیلُ.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۴

[فصل فی الموصی به]

اشارة

فصل فی الموصی به تصح الوصیة بکل ما یکون فیه غرض عقلائی محلل (۱) من عین، أو منفعة، أو حق قابل للنقل. و لا فرق فی العین بین أن تکون موجودة فعلا أو قوة، فتصح بما تحمله الجاریة، أو الدابة أو الشجرة (۲)، فصل فی الموصی به

---

(۱) عملا بعمومات الصحة و النفوذ من غیر معارض.

(۲) کما نص علی ذلک فی الجواهر، بل قال فیها: «بل و إن لم یکن معتاد الوقوع إذا کان ممکناً». کل ذلک عملا بإطلاق الأدلة من غیر معارض. نعم إذا لم یکن له شجر و کان عازماً علی شراء الشجر فأوصی بثمر ما یشتریه بعد ذلک، أو أوصی بعین الشجر الذی سیشتریه، ففی جواز الوصیة إشکال، لعدم العلقة المصححة لصدق الوصیة أو الموجبة للسلطنة علیها، و إن کان الأظهر الصحة، لحصول العلقة بعد ذلک الموجبة للصدق و السلطنة، کما إذا أوصی بالمرهون ففکه، أو بثلث ماله فاشتری أموالا أو ورثها، فإنها داخلة فی الوصیة.

و بالجملة: لیس هنا ما یوجب الخروج عن عمومات الصحة، فإذاً لا بأس بالوصیة بالمعدوم حال الوصیة إذا صار موجوداً حال الموت، و کذا بالمعدوم حال الموت إذا کان أصله موجوداً حینئذ، قال فی جامع المقاصد:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۵

و تصح بالعبد الآبق منفرداً (۱)، و لو لم یصح بیعه إلا بالضمیمة (۲). و لا تصح بالمحرمات (۳)- کالخمر و الخنزیر و نحوهما- و لا بآلات اللهو، و لا- بما لا- نفع فیه و لا غرض عقلائی (۴)، کالحشرات و کلب الهراش، و أما کلب الصید فلا مانع منه، و کذا کلب الحائط و الماشیة و الزرع، و إن قلنا بعدم مملوکیة ما عدا کلب الصید، إذ یکفی وجود الفائدة فیها. و لا تصح بما لا یقبل النقل من الحقوق، کحق القذف

«لو أوصى بما يتجدد له تملكه و لو على وجه الندرة- كما يتجدد له بشراء أو هبة وارث و نحو ذلك- صح، لأن وجود ذلك ممكن و قد قدر أن الشرط إمكان وجوده».

(۱) لما عرفت من الإطلاقات.

(۲) فإن ذلک الدلیل الخاص به، الذی لا یشمل المقام.

(۳) لعدم کونها قابلة للتملیک، فلا تصح الوصیة التملیکیة فیها.

لکن قد تقدم أن الوصیة قد تکون تخصیصیة- کما إذا أوصی بعین للمسجد- و الأمور المذکورة تقبل التخصیص إذا کان لها فائدة و لو نادرة، فیصح الوصیة بها علی نحو التخصیص، و إن لم تصح علی وجه التملیک. و الظاهر أن فتوی الأصحاب مبنیة علی ملاحظة الفائدة المحرمة، مثل الشرب فی الخمر و اللعب بآلات اللهو و نحو ذلک، فإذا أوصی بالخمر للشرب و بآلات اللهو للعب بطلت، و إذا أوصی بالخمر للطلی و بآلات اللهو للشعال صحت الوصیة. فالوصیة بالکحول الذی لا یشرب، و إنما یستعمل لفوائد أخری تصح، عملا بالعمومات من دون مخصص.

(۴) لعدم ما یستوجب الملک أو الاختصاص.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۶

و نحوه. و تصح بالخمر المتخذ للتخلیل (۱). و لا فرق فی عدم صحة الوصیة بالخمر و الخنزیر بین کون الموصی و الموصی له مسلمین أو کافرین أو مختلفین، لأن الکفار أیضاً مکلفون بالفروع. نعم هم یقرون علی مذهبهم و إن لم یکن عملهم صحیحاً و لا تصح الوصیة بمال الغیر و لو أجاز ذلک الغیر إذا أوصی لنفسه (۲). نعم لو أوصی فضولا عن الغیر (۳) احتمل صحته إذا أجاز (۴).

(۱) أو لغیره من الفوائد کالسراج و التعقیم و نحو ذلک.

(۲) بأن علق التملیک علی موت نفسه. لما عرفت من عدم صدق الوصیة عرفاً، فیکون التعلیق مبطلا للإنشاء. و قد تقدم ذلک فی وصیة العبد بناء علی عدم ملکه إذا کان قد أجازها مولاه.

(۳) بأن علق التملیک علی موت ذلک الغیر.

(۴) لصدق الوصیة من المالک، کما فی سائر موارد الفضولی، فإن الإجازة توجب صدق العنوان، فکما أنه إذا باع الإنسان مال غیره فأجاز المالک صحت نسبة البیع إلی المجیز، کذلک فی المقام. و إذا أوصی بماله لزید إذا مات عمرو لم تصح وصیة منه، لعدم التعلیق علی موته، و لا وصیة من عمرو لعدم تعلقها بماله، فلا تعلق لها به. و حینئذ فما یظهر من المصنف (ره) من التوقف فی الصحة فی غیر محله. و کذا ما یظهر من بعض الحواشی من الظهور فی البطلان.

و کیف یمکن الالتزام بأن بعض أهل العلم إذا رأی من بعض السواد الإهمال، فکتب له وصیة تتعلق بآخرته و صلاحها و بورثته و صلاح حالهم و عرضها علی ذلک الإنسان، فقبلها و أجازها، أن لا تصح تلک الوصیة؟.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۷

[(مسألة ۱): یشترط فی نفوذ الوصیة کونها بمقدار الثلث أو بأقل منه]

(مسألة ۱): یشترط فی نفوذ الوصیة کونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو کانت بأزید بطلت فی الزائد (۱) إلا مع إجازة الورثة بلا إشکال. و ما عن علی بن بابویه من نفوذها مطلقاً (۲)- علی تقدیر ثبوت النسبة- شاذ. و لا فرق بین أن

(۱) بلا خلاف معتد به أجده فی شیء من ذلک، بل الإجماع بقسمیه علیه، و النصوص مستفیضة فیه أو متواترة. کذا فی الجواهر. و فی المسالک:

«ربما کان إجماعاً، و الأخبار الصحیحة به متظافرة».

ففی روایة محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع): «فی رجل أوصی بأکثر من الثلث و أعتق ممالیکه فی مرضه. فقال: إن کان أکثر من الثلث رد الی الثلث و جاز العتق» «۱»

و

روایة حمران عن أبی جعفر (ع): «فی رجل أوصی عند موته و قال: أعتق فلاناً و فلاناً حتی ذکر خمسة، فنظر فی ثلثه فلم یبلغ ثلثه أثمان قیمة الممالیک الخمسة التی أمر بعتقهم. قال: ینظر إلی الذین سماهم و بدأ بعتقهم فیقومون، و ینظر إلی ثلثه فیعتق منه أول شیء ذکر ثمَّ الثانی و الثالث ثمَّ الرابع ثمَّ الخامس، فان عجز الثلث کان فی الذین سمی أخیراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک، فلا یجوز له ذلک» «۲»

، و نحوهما غیرهما مما هو کثیر، و لعله متواتر.

(۲) حکی عن علی بن بابویه صحة الوصیة بالکل، و عبارته غیر ظاهرة فی ذلک، قال: «فإن أوصی بالثلث فهو الغایة فی الوصیة. فإن أوصی بماله کله فهو أعلم و ما فعله، و یلزم الوصی إنفاذ وصیته علی ما أوصی» فإن قوله (ره): «فهو الغایة فی الوصیة» مطابق لفتوی الأصحاب، و قوله: «و هو أعلم و ما فعله» ظاهر فی صورة احتمال عذره فی الوصیة

---

(۱) الوسائل باب: ۶۷ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۶۶ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۸

یکون بحصة مشاعة من الترکة أو بعین معینة (۱). و لو کانت زائدة و أجازها بعض الورثة دون بعض نفذت فی حصة

بالجمیع، بأن کان ذلک لازماً علیه لنذر أو شرط أو حق واجب أو غیر ذلک مما یسوغ معه الوصیة بالجمیع، کما ستأتی الإشارة إلیه فی المسألة الثالثة و عبارته المذکورة مطابقة لعبارة الفقه الرضوی. و لأجل ذلک یسهل الجمع بینه و بین الأخبار المشهورة بلا تکلف. و علی تقدیر تمامیة المعارضة فهو لا یصلح لمعارضة نصوص المشهور، بناء علی حجیته فی نفسه. لکنه غیر ثابت.

نعم یشهد له

موثق عمار عن أبی عبد الله (ع) قال: «الرجل أحق بماله ما دام فیه الروح، إذا أوصی به کله فهو جائز» «۱»

و

موثق محمد ابن عبدوس: «أوصی رجل بترکته متاع و غیر ذلک لأبی محمد (ع) فکتبت الیه: رجل أوصی إلی بجمیع ما خلف لک، و خلف ابنتی أخت له، فرأیک فی ذلک. فکتب إلی: بع ما خلف و ابعث به إلی. فبعث و بعثت به إلیه، فکتب إلی: قد وصل» «۲»

، و نحوه موثق علی بن الحسن

«۳» و غیره.

لکنها لا تصلح لمعارضة تلک النصوص بعد أن کانت أصح سنداً و أکثر عدداً و أوضح دلالة، و موافقة لفتوی الأصحاب ظاهراً. و لذلک أولها الأصحاب و حملوها علی محامل بعیدة، بناء علی أن الجمع أولی من الطرح. فالعمل علی المشهور لازم.

(۱) بلا إشکال فی ذلک، و النصوص الدالة علی المشهور واردة فی القسمین.

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱۹.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱۶.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۵۹۹

المجیز فقط (۱)، و لا یضر التبعیض،- کما فی سائر العقود- فلو خلف ابناً و بنتاً و أوصی بنصف ترکته، فأجاز الابن دون البنت، کان للموصی له ثلاثة إلا ثلث من ستة (۲).

و لو انعکس کان له اثنان و ثلث من ستة.

[(مسألة ۲): لا یشترط فی نفوذها قصد الموصی کونها من الثلث الذی جعله الشارع له]

(مسألة ۲): لا- یشترط فی نفوذها قصد الموصی کونها من الثلث الذی جعله الشارع له (۳)، فلو أوصی بعین غیر ملتفت إلی ثلثه و کانت بقدره أو أقل صحت. و لو قصد کونها من الأصل، أو من ثلثی الورثة و بقاء ثلثه سلیماً مع وصیته بالثلث سابقاً أو لاحقاً، بطلت مع عدم إجازة الورثة (۴). بل

(۱) قال فی الشرائع: «و لو کانوا جماعة، فأجاز بعضهم نفذت الإجازة فی قدر حصته من الزیادة». و یظهر من المسالک و الجواهر و غیرهما:

المفروغیة عن ذلک. عملًا بالعمومات، کما فی سائر العقود. و فی الجواهر:

«و کذا لو أجاز الجمیع البعض، أو البعض البعض، لاتحاد الجمیع فی المدرک»

(۲) هذا المثال ذکره فی المسالک. فاذا فرضنا أن الترکة ستة و کان الموصی به نصف الستة- و هو ثلاثة- کانت تزید علی الثلث الراجع للمیت بسدس، فهذا السدس مشترک بین الابن و البنت أثلاثاً فإن أجازا جمیعاً صحت الوصیة فی الثلث و السدس معاً، و إن أجاز الابن فقط صحت الوصیة فی ثلثی السدس و بطلت فی ثلثه، فتصح فی اثنین و ثلثین منه، و إن أجازت البنت فقط صحت الوصیة فی ثلثه و بطلت فی الثلاثین منه، فتصح فی اثنین و ثلث.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۴، ص: ۵۹۹

(۳) کما صرح بذلک فی الجواهر. و یقتضیه إطلاق الأدلة.

(۴) و لا تصح من الثلث فی الصورة الثانیة، لأن المفروض أنه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۰

و کذا إن اتفق أنه لم یوص بالثلث أصلا. لأن الوصیة المفروضة مخالف للشرع (۱). و إن لم تکن حینئذ زائدة علی الثلث. نعم لو کانت فی واجب نفذت، لأنه یخرج من الأصل إلا مع تصریحه بإخراجه من الثلث.

[(مسألة ۳): إذا أوصی بالأزید أو بتمام ترکته]

(مسألة ۳): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها في واجب- حتى تنفذ- أولا- حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة- فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم

قصد كونها من ثلثي الورثة، فإذا صحت من الثلث كان ذلك خلاف ما قصد. نعم إذا قصد كونها من الأصل صحت في ثلثها و بطلت في ثلثيها إلا- إذا أجاز الورثة، و لا تصح كلها من الثلث، لأن المفروض أنه قصد أنها من الأصل، و هو راجع إلى قصد أن ثلثها من الثلث و ثلثيها من ثلثي الورثة، فإذا صحت كلها من الثلث فقد صحت على خلاف قصده.

(۱) هذا إذا كان مقصوده من الأصل ما يقابل الثلث، أما إذا قصد منه ما يقابل جزءاً معيناً منه- كما يقال ثلث الميت يخرج من الأصل- فلا مخالفة فيها للشرع، بل موافقة له، لأن ثلث الميت يخرج من الأصل و بهذا المعنى كذلك ديونه، و بهذا المعنى يصح أن يقال: إن الوصايا تخرج من الأصل.

ثمَّ إنك عرفت أنه على تقدير إرادة المعنى الأول من الأصل لا- تبطل الوصية كلها إذا لم يجز الورثة، و إنما يبطل ثلثاها اللذان يخرجان من ثلثي الورثة، أما الثلث الذي يخرج من ثلث الميت فلا موجب للبطلان فيه.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكر في الجواهر، فإنه أطلق نفوذ الوصية و إن قصد أنها من الأصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۰۱

كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟

وجهان، ربما يقال بالأول (۱)، و يحمل عليه ما دل من الاخبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جائز (۲) و أنه أحق بماله ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثاني (۳)، لان مقتضى

اللهم إلا أن يقال: حمل الأصل على ما يقابل الثلث لا يمنع من صحة الوصية من الأصل، لأن ثلثيها و إن كانا من ثلثي الورثة، لكن لما لم يكن وصية من الميت بالثلث فثلثه فرضي- يعني على تقدير الوصية به- و كذلك الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور و لا دليل على بطلان الوصية من ثلثي الورثة إذا كانا فرضيين لا غير، فما دام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته من ثلثي الورثة حينئذ إذا لم تزد على الثلث، و يتم ما ذكره في الجواهر.

(۱) قيل به في توجيه كلام علي بن بابويه، كما سبق.

(۲) قد تقدم ذلك. لكن الحمل المذكور بعيد عن هذا اللسان و إن لم يكن بعيداً من غيره مما تقدم.

(۳) و مال إليه في الجواهر قال (ره): «لظهور النصوص- كما لا يخفى على من لاحظها- في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة بمجرد اشتمال الوصية على الأزيد من الثلث، فيكون الأمر على العكس مما ذكره الموجه، ضرورة كون المدار الحكم بذلك حتى يعلم أن صدورها منه بسبب من الأسباب التي توجب الإخراج من الأصل، عملا بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد من الثلث حتى يعلم خلافه. و أصالة النفوذ في الوصية- بعد تسليمها- إنما هي حيث لا تعارض حق الغير. و من هنا قد اشتملت جملة من النصوص قولا و فعلا على رد الوصية الزائدة عن الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصي كذلك، ما لم يعلم سبب من أسباب التعلق بالأصل، و لو من إقراره. و لعل ذلك هو الأقوى، ترجيحاً لهذه

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۰۲

.....

الأدلة على تلك الأدلة، و إن سلم كون التعارض بينهما بالعموم من وجه».

أقول: عندنا مقامان: (الأول): الحكم الواقعى، و هو أنه لا تجوز الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة إذا لم يكن حق يقتضى ذلك، فاذا كان هناك حق يقتضى ذلك. من نذر أو شرط فى عقد لازم أو نحو ذلك- صحت الوصية بما زاد على الثلث و إن لم يرض الورثة.

(المقام الثانى): الحكم الظاهرى، و هو أنه إذا أوصى بأزيد من الثلث و شك فى أنها كانت بلا- حق أو بحق فهل اللازم الحكم بالصحة أو بالبطلان؟

و لا يخفى أن النصوص المتضمنة أن الوصية بالزائد موقوفة على إجازة الورثة مختصة بالمقام الأول بحسب العنوان الأول، و لا ترتبط بالمقام الثانى الذى هو مورد كلام الموجه.

و من ذلك يظهر الإشكال فى قول الجواهر: «فيكون الأمر على العكس ..» و قوله: «ضرورة كون المدار الحكم ..» فهو كلام فى المقام الثانى. و أشكل منه استدلاله بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد على الثلث حتى يعلم خلافه، فإنه لم نقف على ذلك الدليل المتعرض للمقام الثانى- أعنى الحكم الظاهرى- و إشكاله على أصالة نفوذ الوصية بأنها على تقدير تسليمها مختصة بما إذا لم تعارض حق الغير، فإنها يجب تسليمها، كما فى سائر موارد الشك فى صحة عقد أو إيقاع. و على تقدير جريانها لا تعارض حق الغير، لأن المعارضة لحق الغير مختصة بالمقام الأول، و جريانها إنما هو فى المقام الثانى. و أما النصوص المشتملة قولا و فعلا على رد الوصية فى الزائد فهى واردة فى المقام الأول، و لا تعرض لها للمقام الثانى، أعنى الحكم الظاهرى.

و من ذلك يظهر الإشكال فى المعارضة بين أدلة صحة الوصية بما زاد على الثلث مع وجود السبب المقتضى، و بين أدلة رد الوصية فيما زاد على

ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، و الخارج منه كونها بالواجب، و هو غير معلوم (١). نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢)، بل و كذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاة أو نذراً

الثلث، لأن المراد من الأدلة الثانية إن كان الأدلة الواردة فى الحكم الواقعى فلا تعارض بينها و بين الأدلة الأولة، لما عرفت من وجوب العمل بهما فى المقام الأول. و إن كان الأدلة الواردة فى الحكم الظاهرى فمن المعلوم أن الأدلة الواردة فى الحكم الظاهرى لا تعارض الأدلة الواردة فى الحكم الواقعى.

و المتحصل: أن نصوص المقام كلها متعرضة للحكم الواقعى بالنسبة إلى العنوان الأولى لا غير، فالحكم بالنظر إلى العنوان الثانوى فى المقام الأول يؤخذ من القواعد العامة. كما أن الحكم الظاهرى يؤخذ من أصالة الصحة. و لا مجال لفرض المعارضة بينها.

ثمَّ إن النذر يوجب حقاً للّه تعالى فى فعل المنذور، فاذا نذر أن يتصدق بدرهم فقد جعل اللّه تعالى حقاً عليه فى أن يتصدق بالدرهم، فاذا مات لم يبطل الحق، بل يجب إخراجه من التركة. و كذلك إذا اشترط لزيد فى عقد لازم أن يتصدق عليه أو على الفقراء بدرهم، فان الشرط المذكور يوجب حقاً لزيد لا يبطل بالموت، فيجب إخراجه من التركة و إن لم يوص به. نعم إذا نذر أن يوصى بالصدقة بدرهم و كان ذلك منافياً لحق الورثة لم يصح النذر، لعدم مشروعية الوصية كذلك، فيبطل النذر من حينه. و كذلك إذا اشترط فى ضمن عقد لازم أن يتصدق بما زاد على الثلث، فإنه باطل، لمخالفته للكتاب و السنة.

(١) لكن الأصل الصحة، فيكون بحكم المعلوم.

(٢) العمل بهذا الإقرار ليس لقاعدة:

«إقرار العقلاء على أنفسهم

أو نحو ذلک، و شک فی أنها واجبة علیه أو من باب الاحتیاط المستحبی، فإنها أیضاً تخرج من الأصل، لأن الظاهر من الخمس و الزکاة الواجب منهما، و الظاهر من کلامه اشتغال ذمته بهما.

[(مسألة ۴): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصی فلا إشکال فی نفوذها]

(مسألة ۴): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصی فلا إشکال فی نفوذها (۱)، و لا یجوز له الرجوع فی إجازته (۲).

و أما إذا أجاز فی حیاة الموصی ففی نفوذها و عدمه قولان،

جائز» «۱»

، لکون هذا الإقرار متعلقاً بالورثة، فهو لیس إقراراً علی النفس، بل هو للنصوص الدالة علی نفوذ إقرار الإنسان بالدین و بالزکاة و بالحج، و أنه یجب علی الورثة العمل به.

(۱) و فی الجواهر: أنه إجماع بقسمیه. انتهی. و

فی صحیح أحمد بن محمد: «کتب أحمد بن إسحاق الی أبی الحسن (ع): إن درة بنت مقاتل توفیت و ترکت ضیعة أشقاصاً فی مواضع، و أوصت لسیدنا فی أشقاصها بما یبلغ أکثر من الثلث، و نحن أوصیاؤها، و أحببنا إنهاء ذلک إلی سیدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصیة علی وجهها أمضیناها، و إن أمرنا بغیر ذلک انتهینا إلی أمره فی جمیع ما یأمر به إن شاء الله. قال فکتب علیه السلام بخطه: لیس یجب لها فی ترکتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و کنتم الورثة کان جائزاً لکم إن شاء الله «۲».

(۲) الظاهر أنه مما لا إشکال فیه. و یقتضیه الأصل، لأنها بالإجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع یحتاج إلی دلیل.

---

(۱) غوالی اللئالی: أواخر الفصل التاسع من المقدمة.

(۲) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۵

أقواهما الأول، کما هو المشهور (۱). للأخبار (۲)،

---

(۱) حکی الشهرة فی الجواهر و الحدائق.

(۲) منها

صحیح محمد بن مسلم عن أبی عبد الله (ع): «فی رجل أوصی بوصیة و ورثته شهود، فأجازوا ذلک، فلما مات الرجل نقضوا الوصیة، هل لهم أن یردوا ما أقروا به؟ فقال: لیس لهم ذلک، و الوصیة جائزة علیهم إذا أقروا بها فی حیاته» «۱»

، و نحوه صحیح منصور بن حازم

«۲». و فی المسالک: جعل الحکم مدلولا لغیرهما من الاخبار أیضاً، و کذا فی الجواهر.

و استدل له فی المختلف بعموم قوله تعالی (مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ) «۳». و لأن الرد حق للورثة، فاذا رضوا بالوصیة سقط حقهم، کما لو رضی المشتری بالعیب. و لأن الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث، لأنه تصرف من المالک فی ملکه، لکن منع من الزیادة علی الثلث إرفاقاً بالورثة فإذا رضی الوارث زال المانع. و لأن المال الموصی به لا یخرج عن ملک الموصی و الورثة، لأنه إن برئ کان المال له، و إن مات کان للورثة، فإن کان للموصی فقد أوصی به و إن کان للورثة فقد أجازوه. انتهی و فی جامع المقاصد: استدل بالوجهین الأولین فقط، و فی المسالک: ذکر الأولین و الأخیر مؤیدة للاستدلال بالنصوص لا معاضدة، و نحوه فی الجواهر.

لکنها جمیعاً ضعیفة لا تصلح للدلیلیة و لا للتأیید. إذ یشکل الأول:

بأنه مع الشک یرجع إلی عموم ما دل علی عدم صحة الوصیة بما زاد علی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲.

(۳) النساء: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۶

المؤیدة باحتمال کونه ذا حق فی الثلاثین (۱)، فیرجع إجازته إلی إسقاط حقه، کما لا یبعد استفادته من الاخبار الدالة علی أن لیس للمیت من ماله إلا الثلث (۲). هذا و الإجازة من

الثلث، الذی هو أخص من عموم صحة الوصیة. و یشکل الثانی: بأنه لم یثبت الحق للورثة حال الحیاة، فلا معنی لإسقاطه، و إذا أرید ثبوته بعد الموت فإسقاطه حال الحیاة من قبیل إسقاط ما لم یجب: و یشکل الثالث:

بأن زوال المانع إنما یتم علی تقدیر استمرار رضی الوارث، أما إذا رد بعد ذلک فالارفاق به یقتضی عدم صحة الإجازة السابقة و العمل علی رده.

و یشکل الرابع: بأن موضوع الکلام صورة الموت، فالملک یکون للورثة، لکنه بعد الموت لا ـ قبله، فالإجازة قبله إجازة من غیر المالک.

هذا و القول بعدم اعتبار الإجازة حال الحیاة منسوب فی الجواهر إلی المقنعة و المراسم و السرائر و الوسیلة و الجامع و الإیضاح و شرح الإرشاد.

و عن السرائر: الاستدلال له بأنها أجازه فی غیر ما یستحقونه بعد، فلا یلزمهم ذلک بحال. و فیه: أنه اجتهاد فی مقابل النص المعتبر، فلا یرکن إلیه و لا یؤبه به. و مثله فی الاشکال التفصیل بین کون الإجازة حال مرض الموصی فتصح و حال صحته فلا تصح. فإنه خلاف إطلاق النص. و کذا فی الاشکال التفصیل بین غنی الوارث فتصح اجازته بلا استدعاء، و فقره أو باستدعاء من الموصی فلا تصح.

(۱) الاحتمال لا یصلح للتأیید، إذ یقابله الاحتمال الآخر المؤید لخلافه.

نعم إذا کان الاحتمال مفاد حجة کانت الحجة مؤیدة.

(۲) بل تبعد، و المستفاد منها أنه لیس للمیت التصرف فی ماله بعد الوفاة إلا بمقدار الثلث، أما أن ذلک لأجل ثبوت حق فعلی للوارث أو لأمر آخر لاحق بعد الوفاة، کل محتمل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۷

الوارث تنفیذ لعمل الموصی (۱) و لیست ابتداء عطیة من

---

(۱) قال فی الشرائع: «و إذا وقعت بعد الوفاة کان ذلک إجازة لفعل الموصی، و لیس بابتداء هبة، فلا تفتقر صحتها إلی القبض»، و فی المسالک: «فإن أجازوا فی حال الحیاة حیث یعتبر کان تنفیذاً لا ابتداء عطیة بغیر إشکال، لأن الوارث لم یملک حینئذ فلا یأتی فیه الاحتمال».

و فیه: ان الانتقال الی الموصی له انما یکون بعد موت الموصی، و الوارث یملک حینئذ، فیأتی فیه الاحتمال. و لذلک لم یخص الاحتمالین فی القواعد بالإجازة بعد الوفاة، فقال: «و الإجازة تنفیذ لفعل الموصی، لا ابتداء عطیة، فلا تفتقر الی قبض». و فی المسالک:

«و ان وقعت الإجازة بعد الوفاة ففی کونها تنفیذ أو ابتداء عطیة من الوارث وجهان» و فی آخر کلامه نسب ما ذکره المصنف (ره) الی مذهب الأصحاب لا- یتحقق فیه خلاف بینهم، و انما یذکر الأخیر وجهاً أو احتمالا و إنما هو قول العامة و أن المرجح عندهم ما اخترناه. انتهی.

و محصل الخلاف فی المقام: هو أن المال ینتقل من الموصی إلی الموصی له، أو من الوارث الی الموصی له، و لا ریب أن الإنشاء للتملیک کان من الموصی، و الوارث لم یکن منه إنشاء التملیک، و إنما کان منه إجازة ذلک الإنشاء، فهو تنفیذ لذلک الإنشاء، لا إنشاء ابتدائی. فالعبارة لا تخلو من حزازة.

و الوجه فیما ذکر الأصحاب: أن المال حال التصرف ملک للموصی إلی حین الموت، فاذا صح التصرف و انتقل المال إلی الموصی له فقد انتقل إلیه من الموصی، لا- من الورثة، لأن انتقاله إلی الورثة خلاف مقتضی نفوذ الوصیة، لأن مفاد الوصیة الانتقال إلی الموصی له، لا إلی غیره.

(و ما قیل) فی وجه الاحتمال الآخر من أن الزائد علی الثلث ملک للورثة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۸

الوارث، فلا ینتقل الزائد إلی الموصی له من الوارث- بأن ینتقل إلیه بموت الموصی أولا ثمَّ ینتقل إلی الموصی له- بل و لا بتقدیر ملکه، بل ینتقل إلیه من الموصی من الأول.

[(مسألة ۵): ذکر بعضهم أنه لو أوصی بنصف ماله]

(مسألة ۵): ذکر بعضهم (۱) أنه لو أوصی بنصف ماله

بعد الموت، فاذا صحت الوصیة به بإجازة الورثة فقد صح الانتقال منهم إلی الموصی له (ضعیف) لأن الانتقال إلی الورثة فرع عدم صحة الوصیة لأن المیراث بعد الوصیة، فإذا صحت الوصیة، و لو بالإجازة فقد صح عدم انتقال الموصی به إلی الورثة.

اللهم إلا- أن یقال: ذلک بالنسبة إلی الوصیة بالثلث، أما الوصیة بالزائد علیه فلیست مقدمة علی المیراث، و لذا کانت محتاجة إلی إجازة الورثة. لکنه خلاف إطلاق ما دل علی تقدم الوصیة علی المیراث من الکتاب و السنة، و الاحتیاج إلی الإجازة لا ینافی ذلک، لأن الوصیة مع الإجازة لا تخرج عن الوصیة، فیشملها إطلاق الأدلة.

اللهم الا أن یقال. إن ما تضمن أنه لیس للمیت من ماله إلا الثلث یدل علی أن الثلاثین للورثة، فالوصیة بهما وصیة بمال الورثة، فإذا صحت الوصیة بالإجازة فقد انتقل المال منهم إلی الموصی له. و لکنه یشکل: بأن لازم ذلک أن الثلث للمیت و إن لم یوص به، و هو- کما تری- لا- یمکن الالتزام به، و خلاف ما دل علی أن المیراث بعد الدین و الوصیة، فیتعین حمله علی إرادة بیان ما یصح له التصرف فیه، و أنه لیس إلا الثلث، و المال کله له حال الحیاة، فإذا مات و تصرف فیه و قد صح التصرف انتقل منه بمقتضی التصرف إلی الموصی له، و إن لم یتصرف انتقل إلی الوارث، فالمال حین ینتقل إلی غیر الوارث ینتقل من الموصی لا من الوارث.

(۱) قال فی الشرائع: «و لو أوصی بنصف ماله مثلا، فأجاز الورثة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۰۹

ماله مثلا فأجاز الورثة، ثمَّ قالوا: ظننا أنه قلیل، قضی علیهم بما ظنوه، و علیهم الحلف علی الزائد، فلو قالوا: ظننا أنه ألف درهم، فبان أنه ألف دینار، قضی علیهم بصحة الإجازة فی خمسمائة درهم، و أحلفوا علی نفی ظن الزائد، فللموصی له نصف ألف درهم من الترکة و ثلث البقیة (۱) و ذلک لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد (۲)، و أصالة عدم علمهم بالزائد. بخلاف ما إذا أوصی بعین معینة- کدر أو عبد- فأجازوا ثمَّ ادعوا أنهم ظنوا أن ذلک أزید من الثلث

ثمَّ قالوا: ظننا أنه قليل قضـى عليهم بما ظنوه، و أحلفوا على الزائد. و فيه تردد. و أما لو أوصـى بعبد أو بدار، فأجازوا الوصـية، ثمَّ ادعوا أنهم ظنوا أن ذلـك بقـدر الثلث أو أزيـد بيسير، لم يلتفت إلى دعواهم، لأـن الإجـازة هنا تضـمنت معلوماً». و الحكم المـذكور ذكره جماعة من الأصحاب، و في الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً صريحاً».

(۱) كما في المسالك و الجواهر و غيرهما. لنفوذ الوصـية في ثلث التركة و منه ثلث الباقي. و لعل الأولى في التعبير أن يقال: إنه يعطى ثلث الألف دينار بالوصـية و سـدس الألف درهم بالإجازة، لأنهم لما ظنوا أن التركـة ألف درهم فأجازوا الوصـية بنصـفها فقد ظنوا أن الزائد المجاز سدس الألف درهم، فتصح الإجازة فيه لا غير.

(۲) قال في المسالك: «و وجه قبول قولهم اسـتناده إلى أصالـة عـدم العلم بالزائـد. مضافاً إلى أن المال مما يخفى غالباً. و لأن دعواهم يمكن أن تكون صادقـة، و لاـ يمكن الاطلاع على صـدق ظنهم إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانيـة، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر،

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۰

بقليـل، فبـان أنه أزيـد بكثير، فـإنه لا يسـمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم (۱) و هـو الـدار أو العبـد. و منهم من سـوى بين المسألتين في القبول (۲) و منهم من سوى بينهما في عدم القبول (۳). و هذا هو الأقوى، أخذاً بظاهر كلامهم في

لتعـذر إقامـة البينـة على دعواهم»، و في الجواهر: زاد في توجيه ذلك أصالة عدم الإجازة، كما في المتن. و حاصل التوجيه: أن دعوى الوارث مطابقـة لأحـد الأصـلين، فيكون منكراً، و يقبل قوله بيمينه. أو لأنها موافقة لقاعدة قبول الاخبار بما لا يعلم الا من قبل المخبر و إن كان الخبر على خلاف الأصل.

(۱) تقـدم التعليل بذلك عن الشـرائع. و هو بظاهره مصادرة، فان الدليل عين الدعوى. و في المسالك: جعل وجه الفرق بين المسألتين أن في هـذه المسألـة موضوع الإجازة الـدار، و هي معلومة، و في المسألة السابقة موضوعها الجزء المشاع، و العلم بمقداره يتوقف على معرفـة مقـدار مجموع التركـة و الأصل عـدمه. و نحوه ما إذا أوصـى بثلثه و عشـرة، فأجازوا ثمَّ ادعوا ظن كثرة المال، فتبين قلته، لكون العشـرة التي هي موضوع الإجازة معلومـة. و قـد يفرق بين المسألتين بأن دعوى الورثة في الأولى مطابقة لأصالة عدم كثرة المال، و في الثانية مخالفة لذلك، لأنهم يدعون الظن بالكثرة فتبين أنه قليل.

(۲) قال في المسالك: «لعله الأوجه» و حكى هو عن الدروس:

الميل إليه، و عن التحرير: أنه جعله وجهاً، و عن القواعد احتمالا. لأن الإجازة و إن وقعت على معلوم- و هو الدار أو العشـرة في مثالنا- لكن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما تسامحوا فيه مجهولا، و لا يعرف إلا بمعرفة مجموع التركة، و الأصل عدمه.

(۳) يظهر ذلك من الجواهر.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۱

الإجازة (۱)، كما في سائر المقامات، كما إذا أقر بشـيء ثمَّ ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثمَّ ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه (۲). بل الأقوى عدم السماع

(۱) لا يخفى أن أصالة عدم كثرة المال، أو أصالة عدم العلم بمقداره و نحوهما لا مجال للرجوع إليهما، لعدم الأثر الشرعي لمجراهما، و الأـثر إنمـا هو لإجازة الورثـة، فإن كان الخلاف في تحقق الإجازة منهم بنحو مفاد كان التامـة و عـدمه، فالأصل عـدم الإجازة، و إن كان الخلاف في مفاد كان الناقصة و أن الإجازة الواقعة منهم هل كانت تشـمل صورة ما إذا كان النصف الموصـى به خمسمائة دينار،

أو الـدار الموصـی بها تمام الترکـة- مثلا- أو لا تشـمل ذلـک، فأصالة عدم الشـمول و إن کانت جاریة فی نفسـها، لکن إطلاق الإجازة الصادرة من الوارث حاکم علیها، و حینئـذ یکون قول الوارث: ظننا کـذا، أو اعتقدنا کذا فأجزنا علی تقدیر غیر حاصل، و لم نجز علی التقـدیر الحاصـل، دعوی علی خلاـف الإطلاـق. و قـد کـان بناء الأصـحاب (رض) علی الأخـذ به فی الإقرارات و النـذور و الوصایا و العقود و غیرها، کما فی الجواهر. بل قال: «إن تقیید الإجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها فی خلافه مخالف للضوابط الشرعیة، کما هو واضح».

(۲) إن کان المراد منه أنه لا یقبل خبره و لا یترتب الأثر علیه، فهو فی محله، لما ذکر من أنه مخالفـة لظاهر قوله و فعله و هو حجة، فلا ترفع الید عنه بمجرد الخبر، کما إذا أخبر بملک ما فی ید غیره، فان الخبر لا یقبل و یعمل علی مقتضـی الید حتی یثبت الخلاف. و إن کان المراد أن الدعوی لا تسـمع فی مقام التداعی و ترد علیه، فهو غیر ظاهر، لإطلاق ما دل علی سماع الدعوی و النظر فیها، و الرجوع إلی قواعد القضاء. و لذا ذکر الأصحاب أنه إذا أقر بقبض الثمن، ثمَّ ادعی أن إقراره کان للتواطؤ

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۱۲

حتی مع العلم بصدقهم فی دعواهم (۱). إلا إذا علم کون

بینه و بین المشتری قبل ذلک منه، و فی الجواهر: «لم نجـد خلافاً فی القبول» ثمَّ قال: «و لعل الأقوی فی النظر إن لم یکن إجماع عـدم خصوصـیة للمقام فتسـمع الـدعوی مطلقاً إذا ذکر وجهاً ممکناً لإقراره الأول». فإذا کان یقبل ذلک مع کونه مخالفاً لظاهر الإقرار فأولی أن یقبـل إذا کان مخالفاً لظاهر القول أو الفعل. نعم علی تقـدیر القبول یکون مـدعیاً، لان قوله یخالف الحجـة- و هو ظاهر الإجازة- و خصـمه منکراً لموافقته لظاهر الإجازة، فیکون البینـة علیه و الیمین علی خصـمه. و بذلک یفترق عن حکم القبول عند الأصـحاب، فإن الوارث عنـدهم یقبـل قوله لأـنه منکر، و بنـاء علی ما ذکرنا یقبل قوله لأنه مـدع و خصـمه منکر. و نظیر المقام ما إذا باع مثلا ثمَّ ادعی فسـاد البیع، فـإنه یقبـل قوله- اتفاقاً ظاهراً، کما فی الجواهر- علی أنه مـدع، لأن قوله مخالف لأصالـة الصـحة، و یکون خصـمه منکراً، لموافقـة قوله لها. و کـذلک بناؤهم فی باب الإقرار، فإنه یکون مـدعیاً عندهم و خصـمه منکراً، فیحلف خصـمه علی القبض- کما هو الظاهر- أو علی نفی المواطاة، کما قیل.

(۱) لأـن الظن من قبیـل الـداعی إلی الإجازة، لا قیـد لموضوعها، و مع تخلف الـداعی لا یبطل الإنشاء، لأن الـدواعی بوجودها العلمی مؤثرة فی المـدعو إلیه، و الوجود العلمی حاصل، لا بوجودها الخارجی، حتی یکون فقدها موجباً لانتفاء المدعو إلیه، کما ذکرنا ذلک مکرراً فی هذا الشـرح. فاذا قال إنسان: من کان صدیقی فلیأکل من طعامی، لا یجوز لمن لم یکن صدیقاً له أن یأکل، لأنه غیر مأذون، لانتفاء قیـد موضوع الاذن، و إذا قال إنسان لآخر: کل من طعامی، و علم أن الـداعی إلی هـذا الاذن اعتقاد الصداقة جاز له أن یأکل و إن لم یکن صدیقاً له. و علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۱۳

إجازتهم مقیدة بکونه بمقدار کذا (۱)، فیرجع إلی عدم الإجازة (۲). و معه یشکل السماع فیما ظنوه أیضاً (۳).

[(مسألة ۶): المدار فی اعتبار الثلث علی حال وفاة الموصی]

(مسألة ۶): المدار فی اعتبار الثلث علی حال وفاة الموصی (۴).

هـذا فلو فرض صـدق الوارث فی دعواه الظن بقلـة المـال أو بزیـادته، لکن تخلف ذلـک، لا یوجب بطلان الإجازة. اللهم إلا أن یقال: قاعدة نفی الضـرر موجبة للبطلان، لأن صحة الإجازة ضرر علی الوارث لم یقدم علیه لکن یشکل: بأن الإجازة لا توجب الضرر، و إنما

توجب عدم النفع، لان المال لم يخرج من ملك الوارث، و إنما خرج من ملك الموصى، كما تقدم.

(۱) بناء على ما ذكرنا يكون مورد الشك فى كون الخصوصية أخذت بنحو الداعى أو القيد مورداً لأصالة عدم الإجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر الإطلاق، فإن إطلاق الخطاب و عدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصية لوحظت داعياً فما لم يعلم التقييد يبنى على صحة الوصية.

(۲) هذا إذا احتمل تحقق إجازة أخرى غير الإجازة التى قيدت، و إلا فلا شك كى يرجع إلى الأصل.

(۳) إذا كان ما ظنوه زائداً على المقيد، أما إذا كان هو المقيد فلا إشكال فى كونه مورد الإجازة.

(۴) بلا خلاف أجده، بل الإجماع محكى عن الخلاف، إن لم يكن محصلا. كذا فى الجواهر. و يقتضيه إطلاق الأدلة، فإنه يقتضى كون المراد من الثلث ما كان حال الوفاة، و كذلك غيره من السهام، كالنصف و الربع و الثمن و غيرها، فان الجميع من باب واحد، و إنها جميعاً واردة بالنسبة إلى ما يتركه الميت و يفارقه و يذهب إلى غيره، فكأن الموصى فى مقام التصرف فى المال الذى يذهب منه. و لو لا ذلك كان المتعين الحمل

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۴

لا حال الوصية (۱)، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة (۲) إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو أوصى بحصة مشاعة- كالربع أو الثلث- و كان ماله بمقدار ثمَّ نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث و الموصى، و لو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً، و ان كانت كثيرة جداً. و قد يقيد بما إذا لم

على حال الوصية، كما فى سائر الموارد التى يحمل فيها العنوان على ما يكون حال الخطاب، فاذا قال المقر: لزيد نصف مالى، كان المراد نصفه حال الإقرار، و إذا قال: لله على أن أتصدق بنصف مالى، فالمراد حال النذر، و هكذا. لكن القرينة فى المقام قائمة على حال الوفاة.

(۱) خلافاً لبعض الشافعية.

(۲) قال فى جامع المقاصد: «قد بينا فيما تقدم أن الثلث يعتبر بعد الموت، إذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت- كالدية إذا ثبتت صلحاً- و قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث. و كأن المصنف (ره) إنما اعتبر ذلك (يعنى حال الوفاة) فى مقابل وقت الوصية، لا مطلقاً، فكأنه قال: لا يعتبر وقت الوصية»، و تبعه على ذلك من تأخر عنه.

و هو فى محله فى المتجدد- كما يأتى- للدليل. و إما فى التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر، لأن النقص يكون من أصل التركة، و لا يختص بمال الوارث ضرورة، لعدم المخصص. و حينئذ لا يكون المدار فى الثلث على حال القبض بل على حال الوفاة، و ورود النقص عليه بالتلف لا ينافى ذلك، بل يحققه، و كذا إذا قبضه الوارث قبض أمانة، فتلف بعضه، فان النقص يكون على الجميع. و إذا قبضه الوارث قبض ضمان، فتلف بعضه، ضمنه الوارث لا غير. و كيف كان فالنقص على نحو الضمان و عدمه لا يستدعى كون العبرة بالثلث على حال قبض الوارث. فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۵

تكن كثيرة (۱)، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجددة، و الأصل عدم تعلق الوصية بها. و لكن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصية (۲).

---

(۱) قال فى جامع المقاصد: «هذا يستقيم فيما إذا أوصى بقدر معلوم، أما إذا أوصى بثلث تركته، و كان فى وقت الوصية قليلا، فتجدد له مال كثير- بالإرث أو بالوصية أو بالاكتساب- ففى تعلق الوصية بثلث المتجدد مع عدم العلم بإرادة الموصى للموجود وقت الوصية

و المتجدد نظر ظاهر، منشؤه قرائن الأحوال على أن الموصى لم يرد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقعاً. و قد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه، و له ابن و ابن ابن، فمات الابن، فان استحقاق ابن الابن لها لا يخلو من تردد».

(۲) قد عرفت أن الحمل على حال الوفاة مقتضى قرينة المقام القطعية و حينئذ لا مجال للتشكيك المذكور. و لا لدفعه بالتمسک بالإطلاق، فإن المقام ليس مقام الإطلاق و التقييد لتعين المراد. نعم يمكن فرض الإطلاق بلحاظ أن المال حال الوفاة تارة: يكون موجوداً حال الوصية، و أخرى:

لا يكون كذلک. لكن المستشكل لم يكن توقفه لذلک، و لا لاحتمال هذا النحو من التقييد، بل كأنه لاحظ حال الوصية في المقدار و لاحظ الزيادة من أحواله، فكأن الموصى قال: ادفعوا ثلث مالي حال الوصية و إن زاد.

و شكک جامع المقاصد في شموله للزيادة الكثيرة و المصنف تمسک بالإطلاق الشامل للزيادة الكثيرة مع أن الزيادة ليست من أحوال المال الثابت حال الوصية و ربما تكون مباينة له، بأن كان يملک حال الوصية دراهم فصار يملک دنانير، فكيف يكون الإطلاق شاملا للزيادة مع المباينة؟ فلاحظ.

و على تقدير الإطلاق فقرائن الأحوال التي ذكرها في جامع المقاصد غير ثابتة بنحو تصلح للتقييد، فان مجرد عدم التوقع للزيادة لا يصلح لذلک.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۶

نعم لو كان هناک قرينة قطعية (۱) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر. لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة و قلتها. و لو أوصى بعين معينة (۲) كانت بقدر الثلث أو أقل ثمَّ حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلک العين، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصية، ثمَّ زادت التركة أو نقصت قيمة تلک العين فصارت بقدر الثلث أو أقل، صحت الوصية فيها. و كذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلا.

[(مسألة ۷): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي]

(مسألة ۷): ربما يحتمل (۳) فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي كمأة دينار مثلا- أنه إذا أتلف من التركة بعد موت

---

(۱) أو غير قطعية مع كونها قرينة لتقييد المطلق، أو صالحه للقرينة و إن لم يثبت كونها قرينة عند العرف، فان ذلک كاف في رفع اليد عن الإطلاق، و لا يختص ذلک بالقرينة القطعية، و لا بالقرينة على التقييد و إن لم تكن قطعية، فإن ما يصلح للقرينية كاف في رفع اليد عن الإطلاق.

(۲) هذا و ما بعده يتفرع على كون العبرة بالثلث حال الوفاة لا حال الوصية.

(۳) قال في الجواهر: «إنما الإشكال في أن هذا و نحوه (يعني الوصية بشيء معين أو بمقدار كلي كمائة دينار) هل يرجع إلى الوصية بحصة مشاعة من الثلث حتى أن التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة، لأنه كالوصية بربع الثلث- مثلا- و أنه لا يرجع إلى ذلک، بل هو كلي مضمون في الثلث، حتى لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوي ذلک نفذت

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۷

الموصى يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة، كما في الحصة المشاعة، و إن كان الثلث وافياً. و ذلک بدعوى أن الوصية بها ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة. و الأقوى عدم ورود النقص عليهما (۱) ما دام الثلث وافياً، و رجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة.

[(مسألة ۸): إذا حصل للموصى مال بعد الموت]

(مسألة ۸): إذا حصل للموصى مال بعد الموت کما إذا نصب شبکة فوقع فیها صید بعد موته- یخرج منه الوصیة کما یخرج منه الدیون (۲)، فلو کان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلک المال أیضاً مثلا، و إذا أوصى بعین، و کانت

الوصیة؟ فیه وجهان منشؤهما أن الکلی یملک فی الخارج لا على جهة الإشاعة على وجه تشمله عمومات الوصیة- مثلا- أو أنه لا یملک إلا على جهة الإشاعة إلا ما خرج بالدلیل، کبیع الصاع من الصبرة بناء علیه، لخبر الأطنان».

(۱) لإطلاق وجوب العمل بالوصیة إذا لم تزد على الثلث، و ورود النقص على الموصى به فی الفرضین المذکورین فی المتن خلاف ذلک الإطلاق کما اختاره فی الجواهر. (و دعوى) عدم ملک الکلی إلا على نحو الإشاعة ممنوعة مخالفة لما عند العرف. نعم إذا کانت الإشاعة فی نفس الموصى به- کما إذا أوصى بالثلث أو الربع أو نحوهما- فورود النقص علیهما مقتضى الاشتراک فی المشاع کما هو ظاهر.

(۲) نص على ذلک جماعة. لأن النصب فعل المیت، و الصید أثره و الأثر تابع المؤثر تبعیة النماء الذی النماء.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۸

أزید من الثلث حین الموت، و خرجت منه بضم ذلک المال، نفذت فیها (۱). و کذا إذا أوصى بکلی کمائة دینار مثلا. بل لو أوصى ثمَّ قتل حسبت دیته من جملة ترکته، فیخرج منها الثلث (۲) کما یخرج منها دیونه إذا کان القتل خطأ، بل و إن

---

(۱) یشکل بأن النصب حال الوفاة یکون للوارث، لأنه غیر موصى به، و إذا کان النصب للوارث کان أثره- و هو الصید- له لا للمیت حتى تخرج منه وصیته. نظیر ما إذا ترک شاتین قد أوصى بأحدهما بعینها لزید و کانتا متساویتین فی القیمة، فإنه ترد الوصیة فی سدس الشاة الموصى بها، فاذا ولدت الشاة الأخرى لم یکن متدارکاً به النقص، لأنه ملک الوارث لا غیر. و کذا الکلام فیما لو أوصى بمائة دینار مثلا فان العین الخارجیة للوارث، و النماء تابع لها، فیکون للوارث.

(۲) إجماعا محکیاً إن لم یکن محصلا، کذا فی الجواهر، و فی جامع المقاصد: دعوى الإطباق علیه. و هو کذلک على الظاهر، فإنه لم ینقل فیه خلاف أو إشکال. و تدل علیه النصوص،

کصحیح محمد بن قیس، قال: «قلت له: رجل أوصى لرجل بوصیة من ماله ثلث أو ربع، فیقتل الرجل خطأ، یعنی الموصى. فقال یجاز لهذه الوصیة من ماله و من دیته» «۱».

و

خبر السکونی عن أبی عبد الله (ع): «قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام: من أوصى بثلثه ثمَّ قتل خطأ، فإن ثلث دیته داخل فی وصیته» «۲»

، و نحوهما غیرهما.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۴ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲، و یوجد فی الباب غیر ذلک من الاخبار الدالة على المطلوب.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۴، ص: ۶۱۹

کان عمداً (۱) و صالحوا على الدیة. للنصوص الخاصة. مضافاً إلى الاعتبار، و هو کونه أحق بعوض نفسه من غیره (۲).

---

(۱) کما هو المشهور. و فی الجواهر «قیل: إنه حکیت إجماعات علی ذلک و انه لم یخالف فیه، الا ما یوهمه کلام ابن إدریس فی باب قضاء الدین عن المیت، و هو اجتهاد فی مقابلة النص». و یشیر بالنص الی

خبر عبد الحمید: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن رجل قتل، و علیه دین، و أخذ أهله الدیة من قاتله، أ علیهم أن یقضوا الدین؟ قال (ع):

نعم. قلت: و هو لم یترک شیئاً. قال (ع): إنما أخذوا الدیة فعلیهم أن یقضوا الدین» «۱»

و نحوه خبر یحیی الأزرق عن أبی الحسن (ع)

«۲». و إطلاقهما شامل للعمد. بل هو صریح

خبر أبی بصیر عن أبی الحسن موسی ابن جعفر (ع) قال: «قلت: فان هو قتل عمداً و صالح أولیاؤه قاتله علی الدیة فعلی من الدین، علی أولیائه أم من الدیة أو علی إمام المسلمین؟

فقال (ع): بل یؤدوا دینه من دیته التی صالح علیها أولیاؤه، فإنه أحق بدیته من غیره» [۱].

لکن النصوص المذکورة غیر متعرضة الوصیة، فکأن الجماعة ألحقوها به، بناء منهم علی أن الدیة میراث، و المیراث بعد الوصیة کما هو بعد الدین.

(۲) کأن المقتول ملک نفس القاتل عوض نفسه، و الولایة علی ما

---

[۱] الوسائل باب: ۵۹ من أبواب أحکام القصاص حدیث: ۲. لکن رواه عن الفقیه بطریقه عن علی بن أبی حمزة عن ابی الحسن موسی بن جعفر (ع). و هو مروی هکذا فی التهذیب الجزء: ۴ صفحة: ۸۳ طبع النجف. لکن رواه فی الوافی- فی باب أولیاء الدم من أبواب القصاص فی المجلد الثانی صفحة: ۱۹۲- عن التهذیب عن علی بن أبی حمزة عن أبی بصیر عن أبی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب الدین و القرض ملحق حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب الدین و القرض حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۴، ص: ۶۲۰

و کذا إذا أخذ دیة جرحه خطأ (۱)، بل أو عمداً (۲).

ملکه لولیه، فله العفو، و له القتل، و له المصالحة علیها بالعوض، و هو الدیة، فالدیة تکون للوارث بلحاظ کونه بمنزلة مورثه و قائماً مقامه، فالمقتول و إن کان لا یملک نفسه حقیقة، و لا یملک عوضها- و هی نفس القاتل- و لا یملک الدیة التی هی عوض نفس المقتول بالصلح، لکن لما کان ملک الوارث للدیة بلحاظ کونه قائماً مقام مورثه، فکأنه یأخذ المال بالإرث من المقتول، لا بالأصالة عن نفسه، و الی ذلک یشیر قوله (ع)

فی روایة أبی بصیر: «فإنه أحق بدیته»

، فهو حینئذ أحق باستیفاء الدیة بتنفیذ وصیته من ورثته، فهذه الاعتبارات متلازمة عرفاً، فلا مجال للإشکال فی نفوذ الوصیة فی الفرض.

(۱) فان المیت یملک الدیة فی حیاته، و هی کسائر أمواله التی تخرج منها وصایاه إذا لم تزد علی الثلث.

(۲) فإنه فی العمد لم یملک الدیة فی حیاته لکنه یملک القصاص، و الدیة عوضه بالصلح، فیکون ما یملکه قابلا لتنفیذ وصیته و لو

بالمصالحة علیه. فلا إشكال.

وَ مَا تَوْفِيقِى إِلّا بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَ إِلَيْهِ أُنِيبُ و هو حسبنا وَ نِعْمَ الْوَكِيلُ.

الی هنا انتهی الكلام فی مباحث الوصیة. و كان فی جوار الحضرة العلویة المقدسة، علی مشرفها أفضل الصلاة و السلام. فی الخامس و العشرین من شهر ربیع الأول سنة احدی و ثمانین و ثلاثمائة و ألف هجریة. وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.*

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلّامة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج/۱ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آبادی" – رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّۀ و اعتباریّۀ، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّۀ، الجوامع، الأماکن الدینیّۀ کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامۀ المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع" ما قبلَ المدرسۀ "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسۀ

ی) إقامۀ دورات تعلیمیّۀ عمومیّۀ و دورات تربیۀ المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلۀ السَّنَۀ

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بنایۀ"القائمیّۀ"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّۀ الشمسیّۀ (=۱۴۲۷ الهجریۀ القمریّۀ)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّۀ الوطنیّۀ: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاریّۀ و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظۀ هامّۀ:

المیزانیّۀ الحالیّۀ لهذا المرکز، شَعبیّۀ، تبرّعیّۀ، غیر حکومیّۀ، و غیر ربحیّۀ، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّۀ و العلمیّۀ الحالیّۀ و مشاریع التوسعۀ الثّقافیّۀ؛ لهذا فقد ترجّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّۀ) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحۀ بقیّۀ الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.